

Münster 1982

" DAS NICTHELICHE ZUSAMMENLEBEN UND SEINE BEENDIGUNG "

Eine vergleichende Untersuchung zum Unterhalts- und Vermögensrecht
in der Bundesrepublik Deutschland und in den Rechtsordnungen der USA

Inaugural — Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms — Universität

vorgelegt von
Rudolf Halstrick
aus Recklinghausen

1982
—

"DAS NICTHELICHE ZUSAMMENLEBEN UND SEINE BEENDIGUNG"

Eine vergleichende Untersuchung zum Unterhalts- und Vermögensrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in den Rechtsordnungen der USA

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Rudolf Halstrick
aus Recklinghausen
1983



Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Harms

Berichterstatte: Prof. Dr. Robert Battes

Prof. Dr. Wilfried Schlüter

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Dezember 1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Verzeichnis der amerikanischen Entscheidungen	XXVI
 <u>1. Teil:</u> Erörterungen zur Problemstellung - Das nichteheliche Zusammenleben als Phänomen	 1
1. Kapitel: <u>Einleitung</u>	1
2. Kapitel: <u>Bezeichnung</u>	14
3. Kapitel: <u>Historische Wurzeln: Konkubinat und Kebsehe und ihre Nachfolger in der Gegenwart</u>	 18
4. Kapitel: <u>Versuch einer Tatbestandsumschreibung des nichtehelichen Zusammenlebens</u>	 24
5. Kapitel: <u>Anreize und Zwänge zum nichtehelichen Zusammenleben</u>	 45
6. Kapitel: <u>Nutzen und Ziel einer rechtsvergleichen- den Untersuchung des Problems</u>	 52
 <u>2. Teil:</u> Das nichteheliche Zusammenleben - Regelungsmöglichkeiten und Rechtsfolgen	 64
1. Kapitel: <u>Mögliche rechtliche Beschränkungen</u>	66
I. Verfassungsrechtliche Schranken für eine norma- tive Regelung des nichtehelichen Zusammenle- bens	 66
§ 1) Verfassungsrechtliche Erwägungen in den USA	 68
a) die "equal protection clause"	69
b) Straf- und Ordnungsvorschriften als Ansatzpunkt verfassungsrechtlicher Diskussion	 71

	<u>Seite</u>
§ 2) Verfassungsrechtliche Erwägungen in der Bundesrepublik Deutschland	82
II. Zum Problem der Sittenwidrigkeit	89
§ 1) Die Beurteilung der "consideration" im amerikanischen Recht	89
§ 2) Sittenwidrigkeit nach deutschem Recht	92
a) Allgemein	93
b) Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen: Stichwort "Mätressen- testament"	97
c) Sittenwidrigkeitsbeurteilung im Gesellschaftsrecht	99
d) Sittenwidrigkeitsbeurteilung im Schenkungsrecht	102
2. Kapitel: <u>Bedürfnis nach Regelung durch Rechtsnormen und Abmachungen</u>	103
I. Ungerechte Vermögenslage? Die Fälle Marvin v. Marvin, West v. Knowles und OLG Saarbrück- ken, FamRZ 1979, 796 und das subjektive Ge- rechtigkeitsempfinden	104
II. Die Bedeutung der Rollenverteilung in Partner- beziehungen	109
III. Güterrechtliche Besonderheiten in den USA	113
3. Kapitel: <u>Zur ausdrücklichen Regelung durch einen "Zusammenlebensvertrag"</u>	116
4. Kapitel: <u>Der "Vorrat an Lösungen" für die Vermö- genseinwandlung</u>	119
I. Die "Status"-Lösung	120
§ 1) Anwendung des Eherechts in den USA	121
§ 2) Anwendung von Eherecht in der Bundes- republik Deutschland	129
§ 3) Regelung des nichtehelichen Zusammenle- bens nach amerikanischem Verlöbnisrecht?	134
§ 4) Verlöbnis und nichteheliches Zusammenle- ben nach deutschem Recht	136

	<u>Seite</u>
II. Vertragsrechtliche Auseinandersetzungsansprüche ohne ausdrücklichen "Zusammenlebensvertrag"	139
§ 1) Ausgleichsansprüche ohne ausdrückliche Vereinbarung im amerikanischen Recht	141
§ 2) Ausgleichsansprüche ohne ausdrückliche Vereinbarung im deutschen Recht	150
§ 3) Einzelfallbetrachtung	155
III. Konkrete Regelungsmöglichkeiten	161
nach	
§ 1) Gesellschaftsrecht	161
a) Das Recht der partnership	161
b) Das nichteheliche Zusammenleben - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts?	166
1. Standpunkt der Rechtsprechung	166
2. Literaturansicht	176
3. Eigene Ansicht	180
§ 2) Gemeinschaftsrecht	184
a) Die deutsche Rechtsprechung	185
b) Die amerikanische Rechtsprechung	186
c) Die deutsche Literaturmeinung	187
§ 3) Schenkungsrecht	190
IV. Außervertragliche Lösungen	194
§ 1) Bereicherungsrecht	194
a) "Law of restitution"	194
b) Bereicherungsrechtliche Gedanken in der Bundesrepublik Deutschland	199
c) Haushaltstätigkeit - eine Bereicherung auch rechtlicher Art?	203
1. Der "hausarbeitende Gesellschafter"	203
2. Die Unentgeltlichkeit der Haushaltstätigkeit	204
3. "quantum meruit" als Ausgleichsmodell	207
4. Prognosen für die deutsche Rechtsentwicklung	210

	<u>Seite</u>
§ 2) Vermögensausgleich durch Schadensersatz	212
V. Unterhaltsansprüche	215
§ 1) Zum deutschen Recht	216
§ 2) Zum amerikanischen Recht	221
VI. Beendigung durch Todesfall	224
5. Kapitel: <u>Schlußbetrachtung</u>	232

Literaturverzeichnis

- Agell The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation:
A Journey Without a Destination
29 American Journal of Comparative Law
285 (1981)
- Alstyre A Graphic Review of the
Free Speech Clause
70 California Law Review 107 (1982)
- Angermeier Property Rights Between Unmarried
Cohabitants
50 Indiana Law Journal 389 (1975)
- Arndt Rechtsunwürdigkeit und Verwirkung
(BGB § 242) NJW 1965, 26 ff.
- Ballerstedt Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des
Rechts der Personengesellschaften
JuS 1963, 253 ff.
- Bartsch Unterhaltspflichten nach Auflösung der ehe-
ähnlichen Gemeinschaft
JR 1979, 364 f.
- Bastian - Roth = 1. EheRG
Stielow - Schmeiduch Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978
- Battes Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur
nichtehelichen Lebensgemeinschaft
ZHR 1979, 385 ff.
- ders. Gemeinschaftliches Testament und Ehegatten-
erbvertrag als Gestaltungsmittel für die Ver-
mögensordnung der Familie
Bielefeld 1976
- Baumann Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinats
Diss. Erlangen 1932
- Beck Nontraditional Lifestyles and the Law
17 Journal of Family Law 685
(1978-79)

- Becker, Claus Schadensersatz wegen verletzungsbedingter Beeinträchtigung in der Haushaltsführung auch für Unverheiratete
MDR 1977, 705 ff.
- Becker, Hans-Jürgen Die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinats) in der Rechtsgeschichte in: Götz Landwehr, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft
Göttingen 1978, 13 ff.
- Behn Schutz faktischer Familienverhältnisse im Familienrecht und Sozialrecht
ZblJugR 1980, 1 ff.
- Beitzke Zur Ehelicherklärung von Konkubinatskindern
FamRZ 1974, 553 ff.
- Benda Demoskopie und Recht
JZ 1972, 497 ff.
- Bergmann-Ferid Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht Bd. VII, USA, 4. Auflage
Frankfurt 1969
- Bilinsky Das sowjetische Eherecht
FamRZ 1960, 1 ff.
- Blumenwitz Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht 2. Auflage, München 1976
- Böhle = Stamschröder Anfechtungsgesetz
- Kilger Kommentar
5. Auflage, München 1979
- Boehmer Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht
MDR 1950, 386 ff.
- Bosch Die Neuordnung des Eherechts ab 1. Juli 1977
FamRZ 1977, 569 ff.
- ders. Anmerkung zum Urteil OLG Hamm
FamRZ 1977, 318 ff. (321)
- ders. Anmerkung zu BGH FamRZ 1960, 187 und 190,
FamRZ 1960, 191

- ders. Anmerkung zu OLG Hamburg
FamRZ 1958, 61 (62)
- ders. Anmerkung zu OLG Frankfurt
FamRZ 1981, 253 (254)
- ders. Rückblick und Ausblick
oder: De legibus ad familiam pertinentibus -
reformatis et reformandis?
(Familienrechtsreform in Vergangenheit,
Gegenwart und Zukunft)
FamRZ 1980, S. 739 ff. und 849 ff.
- ders. Anmerkung zu Sozialgericht Frankfurt
FamRZ 1982, 64 (66)
- ders. Anmerkung zu OLG Frankfurt
FamRZ 1982, 264 (267)
- Bradway Divorce Litigation and the Welfare of the
Family
9 Vanderbilt Law Review 665 (1956)
- Braga Reformgesetze und Zukunftsforschung
- zur Frage nach der Verfassungsmäßigkeit
des 1. EheRG -
in: Festschrift für Günther Beitzke
Berlin 1979, 145 ff.
- Breithaupt Anmerkung zu BGH NJW 1968, S. 932 aaO.
- Bruch Illicit Cohabitation, The Impact of the Vallera
and Keene Cases on the Rights of the Mere-
tricious Spouse 6 U.C. Davis Law Review
354 (1973)
- dies. Property Rights of de-facto Spouses
Including Thoughts on the Value of Home-
makers' Services
10 Family Law Quarterly 101 (1976)
- dies. Nonmarital Cohabitation in the Common Law
Countries: A Study in Judicial-Legislative
Interaction
29 American Journal of Comparative Law
217 (1981)
- Brühl Unterhaltspflichten analog §§ 1569 ff.
BGB nach wilder Ehe? - FamRZ 1978, 859 f.

- Brüning Ehegatten-Innengesellschaft und Anfangsvermögen beim Ausgleich des Zugewinns
NJW 1974, 1802 ff.
- Canaris Das Verlöbniß als "gesetzliches" Rechtsverhältnis
Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung
AcP 165 (1965), 1 ff.
- ders. Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht
München 1971
- Cantor Escape from Marriage
New York 1971
- Casad Unmarried Couples and Unjust Enrichment: From Status to Contract and Back Again?
77 Michigan Law Review 47 (1978)
- Coester-Waltjen Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in den Vereinigten Staaten JZ 1976, 257 ff.
- Coing Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts
München 1973
- Crutchfield Nonmarital Relationships and their Impact on the Institution of Marriage and the Traditional Family
19 Journal of Family Law 247 (1981)
- Derleder Vermögenskonflikte zwischen Lebensgefährten bei der Auflösung ihrer Gemeinschaft
NJW 1980, 545 ff.
- Deuerler Vermögenszuwendungen in eheähnlichen Verhältnissen in Urteilen der Obergerichte seit 1900
Diss., Konstanz 1979
- Diederichsen Die allgemeinen Ehwirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen NJW 1977, 217 ff.
- Dreher-Tröndle StGB
Kommentar
40. Auflage, München 1981
- Ebel Die Ehe als juristische Person
Bemerkungen zu einer halbvergessenen Idylle
FamRZ 1978, 637 ff.

- Evans= von Krbek Das "Zusammenleben" und sein Verhältnis zur Verlobung und Ehe
JA 1979, 236 ff.
- dies. Die "Kohabitation" als Gegenstand eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter - zugleich eine Anmerkung zu OLG Hamm v. 14.12.1976 (9 U 216/76) VersR 1977, 531
(VersR 1978, 906 ff.)
- Fahrenhorst Familie in einer sich wandelnden Gesellschaft
Zum Thema "Nichteheliche Lebensgemeinschaften"
FamRZ 1980, 440 ff.
- Ferid-Firsching Internationales Erbrecht
Bd. VI, Vereinigte Staaten und Vatikan
München, Stand 1980
- Fernandez Beyond Marvin: A Proposal for Quasi Marital Support
30 Stanford Law Review 359 (1978)
- Fichtner Die eheähnliche Gemeinschaft
Zeitschrift für das Fürsorgewesen
1964, 3 ff.
- Finger Wohngemeinschaft, Partnerschaft, Lebensgemeinschaft
"Alternative Formen" des Zusammenlebens
JZ 1981, 497 ff.
- Foster-Freed Spousal Rights in Retirement and Pension Benefits
16 Journal of Family Law 187 (1977-78)
- Friedmann Die Bereicherungshaftung im anglo-amerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht
Berlin und Leipzig 1930
- Geilke Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Sowjetunion
in: Götz Landwehr, 133 ff.
- Gerhardt Ehen ohne Trauschein
Der gemeinsame Schritt zum Standesamt ist für viele nicht mehr attraktiv
FAZ Nr. 50, 28. Februar 1981
Beilage "Bilder und Zeiten"

- Gernhuber Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie
FamRZ 1960, 326 ff.
- ders. Die geordnete Ehe
FamRZ 1979, 193 ff.
- ders. Ehe und Familie als Begriffe des Rechts
FamRZ 1981, 721 ff.
- Gessner-Samtleben Vertragsehen in Brasilien
RabelsZ 1972, 700 ff.
- Giesen Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung
nichtehelicher Lebensgemeinschaften im
Recht der Vereinigten Staaten von Amerika
ZVglRWiss 79 (1980), 169 ff.
- Glendon Is There a Future for Separate Property?
8 Family Law Quarterly 315 (1974)
- dies. Marriage and the State: The Withering Away
of Marriage
62 Virginia Law Review 663 (1976)
- dies. Patterns of Contemporary Legal Response to
the Social Phenomenon of de facto Marriage
in: Konflikt und Ordnung, FSchr. für
Murad Ferid
München 1978, 491 ff.
- dies. Power and Authority in the Family:
New Legal Patterns as Reflections of
Changing Ideologies
23 American Journal of Comparative Law 1
(1975)
- dies. State, Law and Family: Family Law in
Transition in The United States and Western
Europe
Amsterdam, New York, Oxford 1977
- Gotthardt "Lebensgefährten" mit beschränkter Haftung?
Einige Bemerkungen zum Urteil des OLG
Schleswig vom 11.4.1978 - 9 U 113/77
FamRZ 1980, 17 ff.
- Grave Die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus
rechtsvergleichender Sicht
in: Götz Landwehr, 98 ff.

- Grave Die eheähnliche Gemeinschaft im Sinne von
§ 122 BSHG
ZfF 1978, 152 ff.
- Großfeld Probleme der Rechtsvergleichung im Ver-
hältnis Vereinigte Staaten von Amerika -
Deutschland
RabelsZ 1975, 5 ff.
- Händel Anmerkung zum Urteil des AG Emden
NJW 1975, 1363 in NJW 1976, 521 f.
- Hauck-Haines Sozialgesetzbuch I Allgemeiner Teil
Kommentar
Loseblattsammlung, Berlin
Stand 1979
- Haupt Über faktische Vertragsverhältnisse
München 1941
- Havighurst Services in the Home - A Study of Contract
Concepts in Domestic Relations
41 Yale Law Journal 386 (1932)
- Henrich Kollisionsrechtliche Probleme bei der Auf-
lösung eheähnlicher Gemeinschaften
in: FSchr. für Günther Beitzke
Berlin 1979, 507 ff.
- ders. Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche
zwischen Ehegatten in der Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs
FamRZ 1975, 533 ff.
- Herschel Anmerkung zum Urteil RG DR 1940,
2167 (2168)
- Hirsch Living Together
A Guide to the Law for Unmarried Couples
Boston 1976
- Hoffmann Beendigung der ehelichen Gemeinschaft und
Konkubinat in Brasilien: eine rechtsverglei-
chende Betrachtung unter Berücksichtigung
des französischen Rechts
Diss., Marburg 1979

- Holzhauer Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge,
FamRZ 1982, 109 ff.
- Horkheimer Die Zukunft der Ehe
in: Krise der Ehe? 13 Beiträge
München 1966, 207 ff.
- Hubbard-Larsen "Contract Cohabitation"
A Jurisprudential Perspective on Common
Law Judging
19 Journal of Family Law 655 (1981)
- Huet-Weiller "L'union libre" (la cohabitation sans
mariage)
29 American Journal of Comparative Law
247 (1981)
- Jeder Eheähnliche Verhältnisse und die Stellung der
"Geliebten" im Spiegel der deutschen Rechts-
sprechung
Diss., München 1971
- Johnstone Divorce: The Place of the Legal System in
Dealing with Marital-Discord Cases
31 Oregon Law Review 303 (1951/2)
- Kay-Amyx Marvin v. Marvin
Preserving the Options
65 California Law Review 937 (1977)
- Klauser Aus der Rechtsprechung in Familiensachen
Ausschluß und Beschränkung des Ehegatten-
unterhalts aus Billigkeitsgründen
MDR 1979, 896 ff.
- Knopp-Fichtner Bundessozialhilfegesetz
Kommentar
3. Auflage, München 1974
- Koch Ehe und "Nichteheliche Lebensgemeinschaft"
als Thema der Ethik
in: Götz Landwehr, 39 ff.
- König Materialien zur Soziologie der Familie
Bern 1946
- Kossendey Eheähnliche Verhältnisse im Arbeitsrecht
Diss., Köln 1973

- XIII -

- Krause Kommende Entwicklungen im amerikanischen Unehelichenrecht
FamRZ 1969, 304 ff.
- ders. Family Law in a Nutshell
St. Paul, 1977
- Kumme Wer zählt rechtlich zur Familie?
ZblJugR 1978, 360 ff.
- Kunigk Die Lebensgemeinschaft (rechtl. Gestaltung von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben)
Stuttgart 1978
- Kurr Vereinbarungen zwischen Partnern eheähnlicher Lebensgemeinschaften und Ehegatten
Diss., Bielefeld 1978
- Landwehr Herausgeber und Verfasser des Vorworts zu: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft
Herausgegeben im Auftrag der Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften von Götz Landwehr
Göttingen 1978
- Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft
4. ergänzte Auflage
Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Lecheler Der Schutz der Familie
Fehlentwicklungen bei der Konkretisierung eines Grundrechts
FamRZ 1979, 1 ff.
- Leibholz-Rinck Grundgesetz
Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
Loseblattsammlung, 5. Auflage
Köln, Stand August 1977
- Lieb Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand
Tübingen 1970
- Limbach Unterhaltsverlust wegen grober Unbilligkeit bei Getrenntleben
NJW 1980, 871 ff.

- Lindacher Anmerkung zum Urteil des AG Emden
JR 1976, 60 (61)
- Lipp Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und
das bürgerliche Recht: eine dogmatisch-
methodische Studie
AcP 180 (1980), 537 ff.
- ders. Ausgleichsansprüche zwischen den ehemali-
gen Partnern einer nichtehelichen Lebens-
gemeinschaft - BGH NJW 1981, 1502
JuS 1982, 17 ff.
- Luthin Das "Bratkartoffelverhältnis" in rechtlicher
Sicht
FamRZ 1979, 686 ff.
- Maiberg Ehegatten-Innengesellschaft nach der Recht-
sprechung des Bundesgerichtshofs
DB 1975, 385 ff.
- Maunz-Düring-Herzog-
Scholz Grundgesetz
Kommentar
9. Auflage, München
Loseblattsammlung Stand September 1979
Bearbeiter: Maunz
- Meier=Scherling Die eheähnliche Lebensgemeinschaft
DRiZ 1979, 296 ff.
- Mell Lebensgemeinschaft und Familienrecht in
Österreich
in: Festschrift für Heinrich Demelius
Wien 1973, 153 ff.
- Mentzel-Kuhn-
Uhlenbruck Konkursordnung
Kommentar
9. Auflage, München 1979
- Meulders=Klein Cohabitation and Children in Europe
29 American Journal of Comparative Law
359 (1981)
- Müller=Freienfels Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher
Lebensgemeinschaften
ZEE 1980, 55 ff.
- ders. Zur Rechtsprechung beim sog.
"Mätressentestament"
JZ 1968, 441 ff.

- ders. Ehe und Recht
Tübingen 1962
- von Münch, Ingo Grundgesetz
Kommentar, Bd. I
München 1975 (Hrsg.)
- ders. Verfassungsrecht und nichteheliche Lebens-
gemeinschaft
in: Götz Landwehr, 137 ff.
- Münchener
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bd. I, Allgemeiner Teil, München 1978
Bd. II, Schuldrecht AT, München 1979
Bd. V, Familienrecht, Ehegesetz
München 1978
zitiert: MünchKomm-Bearbeiter
- Namgalies Die eheähnliche Gemeinschaft im deutschen,
französischen, österreichischen, schweizeri-
schen, englischen, dänischen und tansanischen
Recht
Diss., Kiel 1978
- Neuhaus Finis familiae?
FamRZ 1982, 1 ff.
- Odin Die kranke Ehe
FamRZ 1978, 1 ff.
- Ohlenburger=Bauer Die eheähnliche Gemeinschaft: eine verglichen-
de Betrachtung ihrer Rechtslage und Rechts-
wirkungen in Frankreich und Deutschland
Diss., Köln 1977
- Oldham The Effect of Unmarried Cohabitation by a
former Spouse upon his or her Right to
Continue to Receive Alimony
17 Journal of Family Law 249 (1978-79)
- Palandt Kommentar zum BGB
41. Auflage, München 1982
zitiert: Palandt-Bearbeiter
- Parche Aus der neueren Rechtsprechung zum Ehe-
und Familienrecht
NJW 1979, 139 ff.

- Parker Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika
Wien 1960
- Peltzer Fragwürdige Rechtsunwürdigkeit
NJW 1965, 955 ff.
- Perutz Verdammte Ehe
nach der amerikanischen Ausgabe übersetzt von Angelika Deutsch
Wien 1972
- Peters Anmerkung zum Urteil des AG Emden
NJW 1975, 1363 (1890)
- Piehl-Jäger Deine Rechte als Lebenspartner
München 1979
- Ramm Gleichberechtigung und Hausfrauenehe
JZ 1968, 41 ff.
- Rein Die Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland
FamRZ 1980, 961 ff.
- BGB-RGRK Kommentar, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofs Bd. V, 1. Teil §§ 1922-2146
12. Auflage, Berlin, New York 1974
zitiert: RGRK-Bearbeiter
- Rheinstein Vorwort zu Glendon, State, Law and Family
- ders. Zur Einführung: Rechtsvergleichung
JuS 1972, 65 ff.
- ders. Marriage Stability, Divorce and the Law
Chicago 1972
- Richards The Individual, the Family and the Constitution
55 New York University Law Review 1 (1980)
- Ringeling Freie Lebensgemeinschaften in der Sicht evangelischer Sozialethik
ZEE 1980, 143 ff.

- Roth=Stielow Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens
von Mann und Frau
JR 1978, 233 ff.
- Rüfner Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im
Sozialrecht
SchlHA 1979, 65 ff.
- ders. Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemein-
schaft
in: Götz Landwehr, 84 ff.
- Šarčević Cohabitation Without Marriage:
The Yugoslavian Experience
29 American Journal of Comparative Law
315 (1981)
- Scheepers Ächtung des Konkubinats mit rechtlichen
Folgerungen?
ZRP 1978, 13 ff.
- Scheld Trennung ohne Ehe und in der Ehe
FamRZ 1979, 990 ff.
- ders. Unterhaltsversagung wegen grober Unbillig-
keit
FamRZ 1978, 681 ff.
- Schelsky Wandlungen der Deutschen Familie in der
Gegenwart
5. Auflage, Stuttgart 1967
- Schickedanz Anmerkung zum Urteil des AG Emden,
NJW 1975, 1363 (1890)
- Schlüter Die nichteheliche Lebensgemeinschaft
Berlin, New York 1981
- Schmidt=Bleibtreu-
Klein Kommentar zum Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland
4. Auflage, Neuwied und Darmstadt, 1977
- Schneider, Egon Das Bratkartoffelverhältnis
JurBüro 1979, 1126
- Schneider, Franz Die rechtliche Stellung der Lebensgefährten
ÖJZ 1965, 174 ff.

- XVIII -

- Schneider, Tilmann Kuppeleitatbestand als Grenze der Rechte des Mieters in seinen Mieträumen
ZMR 1973, 131 ff.
- ders. Nochmals: Grenzen der Rechte des Mieters in seinen Mieträumen und Moral
ZMR 1973, 325 ff.
- Schnitzer Vergleichende Rechtslehre
Bd. 1 und 2
2. Auflage, Basel 1961
- Schönke-Schröder StGB
Kommentar
16. Auflage, München 1972
20. Auflage, München 1980
zitiert: Schönke-Schröder-Bearbeiter
- Schulte Familienrecht und Sozialrecht:
ihre Interdependenz aus rechtsvergleichender Sicht
FamRZ 1977, 106 ff.
- Schwab Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft in: Götz Landwehr, 61 ff.
- ders. Eheschließungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft
Eine rechtsvergleichende Skizze
FamRZ 1981, 1151 ff.
- Schwinge Polygamie in den USA
FamRZ 1978, 171
- Shorter Die Geburt der modernen Familie
Hamburg 1977
- Siemens Wandel in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" unter Berücksichtigung soziologischer Gesichtspunkte
Diss., Münster 1974
- Siegmund Warum heiraten?
Die Ehe heute - Zweckgemeinschaft oder Lebensbindung
Stuttgart 1974

- Simitis, Konstantin Gute Sitten und ordre public
Marburg 1960
- Simon Forum: Rechtsprobleme der nichtehelichen
Lebensgemeinschaft
JuS 1980, 252 ff.
- Soergel-Siebert Kommentar zum BGB
Bd. I Allgemeiner Teil
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
11. Auflage, 1978
zitiert: Soergel-Bearbeiter
- Speckmann Terminologisches zur Rechtsprechung in der
Frage der Sittenwidrigkeit letztwilliger
Zuwendungen bei ehebrecherischen Beziehungen
JZ 1969, 733 ff.
- Stöcker Zur Kritik des Familienvermögensrechts
NJW 1972, 553 ff.
- Strätz Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick
FamRZ 1980, 301 ff und 434 ff.
- Staudinger Kommentar zum BGB
II. Bd., 5. Teil §§ 823-835
10./11. Auflage
Berlin 1975
zitiert: Staudinger-Bearbeiter
- Stückradt Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse
Diss., Frankfurt 1964
- Sussman The Four F's of Variant Family Forms and
Marriage Styles
24 The Family Coordinator 563 (1975)
- Thiele Miteigentumserwerb der Ehegatten an dem
während der Ehe angeschafften Hausrat
Gleichzeitig ein Beitrag zum Recht der
Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB) und der
Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB)
FamRZ 1958, 115 ff.
- Thomas Formlose Ehen
Eine rechtsgeschichtliche und rechtsver-
gleichende Untersuchung
Diss., Bielefeld 1973

- Wacke Streitfragen um die neugeregelte Schlüssel-
gewalt
NJW 1979, 2585 ff.
- Westermann, H. P. Vertragsfreiheit und Typengesetzlich-
keit im Recht der Personengesellschaften
Berlin, Heidelberg, New York 1970
- Wingen Der soziologische Tatbestand der nichtehe-
lichen Lebensgemeinschaft
FamRZ 1981, 331 ff.
- Zeuner Schlußwort zu Götz Landwehr, S. 161 ff.
- Zuck Die eigenständige Bedeutung des Art. 6
I GG gegenüber Reformgesetzen
FamRZ 1979, 873 ff.
- Note Property Rights upon Termination of Un-
married Cohabitation
Marvin v. Marvin
90 Harvard Law Review 1708 (1977)
- Note Fornication, Cohabitation and the Constitution
77 Michigan Law Review 252 (1978)
- Note Protection of Unmarried Couples against
Discrimination in Lending under the Equal
Credit Opportunity Act
93 Harvard Law Review 430 (1979)
- Note Consortium: A Survey of the Present Law
19 Journal of Family Law 707 (1981)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ÄndG.	Änderungsgesetz
AG	Amtsgericht
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
A.2d	Atlantic Reporter 2d Edition
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (amtliche Sammlung)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
BVG	Bundesversorgungsgesetz
Cal.Rptr.	California Reporter
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
ebda.	ebenda
EheG	Ehegesetz
Einf. v.	Einführung vor
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
F.S.	Federal Supplement

F.Supp.	Federal Supplement
FSchr.	Festschrift
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuR Büro	Juristisches Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
MdB	Mitglied des Bundestages
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
m(w)N	mit (weiteren) Nachweis (en)
MünchKomm	Münchener Kommentar
N.E.2d	Northeastern Reporter 2d Edition
N.J.S.A.	New Jersey Statutes Annotated
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.	Northwestern Reporter
N.Y.S.2d	New York Supplement 2d Edition

ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der OLGs in Zivilsachen
P.	Seite
P.2d	Pacific Reporter 2d Edition
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet v. Rabel
Rdz.	Randzahl
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
S.Ct.	Supreme Court Reporter
sec.	section
S.E.2d	Southeastern Reporter 2d Edition
s.o.	siehe oben
StGB	Strafgesetzbuch
s.u.	siehe unten
SZ	Süddeutsche Zeitung

u.a.	unter anderem
UMDA	Uniform Marriage and Divorce Act
U.S.	United States Supreme Court Reports
U.S.C.	United States Code
v.	versus
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugend- wohlfahrt
ZEE	Zeitschrift für Evangelische Ethik
Zff	Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissen- schaft

Verzeichnis der amerikanischen Entscheidungen

Aspinall v. Mc Donnel Douglas Corp.	625 F.2d 325 (1980)
Banko v. Malanecki	435 A.2d 194 (1981)
Beal v. Beal	577 P.2d 507 (1978)
Beatty v. Guggenheim Exploration Co.	122 N.E. 378 (1919)
Beckman v. Mayhew	122 Cal.Rptr. 604 (1974)
Bridges v. Bridges	270 P.2d 69 (1954)
Brooks v. Kunz	597 S.W.2d 184 (1980)
Bulloch v. United States	487 F.S. 1078 (1980)
Christensen v. Christensen	335 N.E. 2d 581 (1975)
Creasman v. Boyle	196 P.2d 835 (1948)
Croslin v. Scott	316 P.2d 755 (1957)
Crowe v. de Gioia	430 A.2d 251 (1981)
Department of Industrial Relations v. Workers Compensation Appeals Board	156 Cal.Rptr. 183 (1979)
Eisenstadt v. Baird	405 U.S. 438 (1972)
Griswold v. Connecticut	381 U.S. 471 (1965)
Hill v. Westbrook's Estate	247 P.2d 19 (1952)
Hinkle v. McColm	575 P.2d 711 (1978)
In re Estate of Atherley	119 Cal.Rptr. 41 (1975)
In re Estate of Thornton	499 P.2d 864 (1972)

In re Marriage of Baragry	140 Cal.Rptr. 779 (1977)
In re Marriage of Cary	109 Cal.Rptr. 862 (1973)
In re Marriage of Leib	145 Cal.Rptr. 763 (1978)
Ireland v. Flanagan	627 P.2d 496 (1981)
Jackson v. Hooper	74 A. 130 (1909)
Jiminez v. Jiminez	386 N.E.2d 647 (1979)
Joan S. v. John S.	427 A.2d 498 (1981)
Keene v. Keene	371 P.2d 329 (1962)
King v. Smith	392 U.S. 309 (1968)
Kozlowski v. Kozlowski	395 A.2d 913 (1978)
Latham v. Hennessey	554 P.2d 1057 (1976)
Markham v. Colonial Mortgage Service Co.	no. 78-1616 (D.C.Cir.Aug. 2, 1979)
Marvin v. Marvin	557 P. 2d 106 (1976)
Marvin v. Marvin	International Herald Tribune 19.4.1979, S. 14
Maynard v. Hill	125 U.S. 190 (1888)=8 S.Ct. 723
McCullon v. McCullon	410 N.Y.S.2d 226 (1978)
Morgan v. Morgan	336 N.Y.S.2d 977 (1975)
New State Ice Co. v. Liebmann	285 U.S. 262 (1932)
Nicholson v. Kilbury	145 P. 189 (1915)
Omer v. Omer	523 P.2d 957 (1974)
People v. Delph	156 Cal.Rptr. 422 (1979)
People v. Drew	583 P.2d 1318 (1978)
Shea v. Shea	63 N.E.2d 113 (1945)

Skinner v. Skinner	150 N.Y.S.2d 739 (1956)
Skinner v. State of Oklahoma	316 U.S. 535 (1942)=62 S.Ct. 1110
State of Montana v. Coleman	616 P.2d 1090 (1980)
State of New Jersey v. Saunders	381 A.2d 333 (1977)
Torrance v. Torrance	1 Family Law Reporter 2456 (1975)
Trammel v. United States	100 S.Ct. 906 (1980)
Truttalli v. Meraviglia	12 P.2d 430 (1932)
United States Department of Agriculture v. Moreno	413 U.S. 528 (1973)
Vallera v. Vallera	134 P.2d 761 (1943)
Village of Belle Terre v. Boraas	416 U.S. 1 (1974)
Vogel v. PanAmerican World Airways, Inc.	450 F.Supp. 224 (1978)
Wellmaker v. Roberts	101 S.E.2d 712 (1958)
West v. Knowles	311 P.2d 689 (1957)

1. Teil: ERÖRTERUNGEN ZUR PROBLEMSTELLUNG

===== DAS NICHTHELICHE ZUSAMMENLEBEN ALS PHÄNOMEN

1. Kapitel: Einleitung

"Die ehelose Lebensgemeinschaft wird zum Alltagsproblem der Justiz", stellt Derleder im März 1980 fest¹⁾.

In der Tat ist vor allem in der obergerichtlichen Rechtsprechung ein stetiges Anwachsen der Rechtsstreitigkeiten zu beobachten²⁾, die ihren Grund oder wesentliche Aspekte der Entscheidung aus diesem "sozialen Phänomen"³⁾ herleiten.

- 1) Derleder, Vermögensrechtliche Konflikte zwischen Lebensgefährten bei Auflösung ihrer Gemeinschaft, NJW 1980, 545; Schwab, Eheschließungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, FamRZ 1981, 1151 spricht von "flutartig"einsetzender Behandlung der "nichtehelichen Lebensgemeinschaft"
- 2) vgl. dazu in neuerer Zeit OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253; OVG Saarlouis, NJW 1981, 479; OLG Düsseldorf, NJW 1981, 463; OLG Hamm, FamRZ 1980, 664=NJW 1980, 1530; BGH FamRZ 1980, 664; FamRZ 1980, 40 = NJW 1980, 124; FamRZ 1978, 587; FamRZ 1976, 819; OLG München, FamRZ 1980, 361; OLG Köln, FamRZ 1980, 362; OLG Hamm, FamRZ 1979, 819; OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 928; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 592; OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 581; SchlHOLG, SchlHA 1979, 50; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 438; SchlHOLG, SchlHA 1979, 51; OLG Celle, FamRZ 1979, 119; s. a. Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 301 (306)
- 3) so Glendon, Patterns of Contemporary Legal Response to the Social Phenomenon of de facto Marriage, FSchr. Ferid, S. 491 ff.; Bruch, Property Rights of de-facto Spouses, 10 Family Law Quarterly 101 (1976); Battes, Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, ZHR 1979, 385 (404)

Auch die Rechtslehre beschäftigt sich in zunehmendem Maße nicht nur mit dem herkömmlichen Problem, welche Folgen das nichteheliche Zusammenleben im Mietrecht¹⁾ auslöst, sondern auch mit den Fragen, in welchen Beziehungen die zusammenlebenden Partner sonst zur Außenwelt stehen. Schließlich ist zu beobachten, daß man sich in neuerer Zeit immer häufiger Gedanken macht, ob und in welcher Weise das Zusammenleben Folgen im Innenverhältnis auslöst, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, bei Beendigung der Partnerschaft vermögens- und unterhaltsrechtliche Ansprüche der Partner gegeneinander weiter bestehen oder erst entstehen zu lassen²⁾.

Die recht große Zahl der Dissertationen³⁾ zu dem Themenkreis trägt dieser Entwicklung ebenso Rechnung wie die Tatsache, daß in letzter Zeit Tagungen durchgeführt wurden, die sich mit dem nichtehelichen Zusammenleben in juristischer, theologischer und gesellschaftswissen-

-
- 1) Schwab, Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Götz Landwehr, 61 (77); Darstellung auch bei Meier-Scherling, Die eheähnliche Lebensgemeinschaft, DRiZ 1979, 296 (297) und Kunigk, Die Lebensgemeinschaft, 101, mit weiteren Nachweisen, Schneider, Kuppeleitätbestand als Grenze der Rechte des Mieters in seinen Mieträumen und Moral, ZMR 1973, 131; ders., Nochmals: Grenzen der Rechte des Mieters in seinen Mieträumen und Moral, ZMR 1973, 325
 - 2) s. dazu die Literaturhinweise bei Derleder, NJW 1980, 545 ff. und Schwab, FamRZ 1981, 1151, dort Fn. 1
 - 3) Deuerler, Vermögenszuwendungen in eheähnlichen Verhältnissen in Urteilen der Obergerichte seit 1900, 1979; Jeder, Eheähnliche Verhältnisse und die Stellung der "Geliebten" im Spiegel der deutschen Rechtsprechung, 1971; Kossendey, Eheähnliche Verhältnisse im Arbeitsrecht, 1973; Kurr, Vereinbarungen zwischen Partnern eheähnlicher Gemeinschaften und Ehegatten, 1978; Namgalies, Die eheähnliche Gemeinschaft, 1978; Ohlenburger-Bauer, Die eheähnliche Gemeinschaft: eine vergleichende Betrachtung ihrer Rechtslage und Rechtswirkungen in Frankreich und Deutschland, 1977; Siemens, Wandel in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" unter Berücksichtigung soziologischer Gesichtspunkte, 1974; Stückradt, Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse, 1964

schaftlicher Hinsicht auseinandersetzen¹⁾.

Nicht zuletzt hat die Presse²⁾ in den vergangenen Jahren dazu beigetragen, daß auch in der breiten Bevölkerung das Bewußtsein entsteht, hier bewege sich etwas.

Zu dieser Bewußtseinsbildung trug weniger die Wiedergabe deutscher Gerichtsentscheidungen³⁾ und Juristenauffassungen⁴⁾ bei, als viel-

- 1) statt aller: "Die nichteheliche Lebensgemeinschaft", Symposium der Joachim-Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften in Hamburg am 18. und 19.11.1977; "Die Familie der Zukunft", Tagung der Katholischen Akademie Stuttgart-Hohenheim, Bericht darüber bei Kik, Stuttgarter Zeitung v. 16.9.1978; "Partnerschaft und Identität", Tagung der Evangelischen Akademie Loccum vom 25. bis 27.1.1980; Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Bevölkerungswissenschaft vom 26. bis 29.3.1980 in Darmstadt, Bericht dazu von Neander, die WELT vom 28.3.1980; "Familie in einer sich wandelnden Gesellschaft", 3. Weltkonferenz der Internationalen Gesellschaft für Familienrecht vom 5. bis 9.6.1979 in Uppsala, Bericht von Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 ff.; in USA statt aller "Cohabitation Without Marriage", Kolloquium der International Association of Legal Science vom 27. - 29.8.1980 in Berkeley/Cal.
- 2) Vgl. Fromme, Heiraten noch empfehlenswert? FAZ vom 1.7.1977; Odin, Die kranke Ehe, FAZ vom 20.10.1977 = FamRZ 1978, 1 ff.; Ehe der Zukunft: Das freischwebende Paar, DER SPIEGEL vom 6.3.1978, S. 84 ff.; Schreiber, Du bist Du, und ich bin ich, (SPIEGEL-Serie in drei Teilen im Sommer 1978); Bauer, Zusammenleben ohne Trauschein, Serie in der Rheinischen Post in vier Teilen vom 8.5. - 11.5.1979; Gerhardt, Ehen ohne Trauschein, FAZ v. 28.2.1981; und weitere Veröffentlichungen
- 3) Urteil des VGH Kassel, VOE 62/78 in Rheinische Post vom 17.4. und 19.4.1979; in Westdeutsche Allgemeine Zeitung (WAZ) vom 21.4.1979; VG Würzburg, 79 IV 78 in FAZ vom 6.1.1979; in Rheinische Post vom 5.1.1979 (Ausgabe Düsseldorf)
- 4) "Was müssen Partner einer 'wilden Ehe' teilen, wenn sie auseinandergehen", Interview mit Prof. Albrecht Dieckmann, in STERN Nr. 11 vom 8.3.1979; von Münch, Eva Marie, in DIE ZEIT Nr. 22 vom 25.5.1979 "Die Sekretärin und ihr Freund"; dies., "Juristen nennen es immer noch Konkubinat" in Die ZEIT Nr. 48 vom 23.11.1979, S. 74; Gerhardt, "Die Verhältnisse, sie sind nicht so", FAZ vom 29.6.1979, S. 7

mehr die "historische"¹⁾ Marvin-Entscheidung, die der Supreme Court of California in Los Angeles am 27. Dezember 1976 traf²⁾.

"Eine Frau gegen das Rauhebein" betitelte die WELT³⁾ eine Reportage aus Los Angeles, die feststellte, "Amerikas Junggesellen sind um den Schlaf gebracht". Die umfassende Berichterstattung gipfelte schließlich darin, daß die FDP-Politikerin Helga Schuchardt (MdB) unter Bezugnahme auf den Fall Marvin einen Versorgungsausgleich für nichtverheiratete Paare vorschlug⁴⁾.

Die Popularität des Filmschauspielers und Oscar-Preisträgers Lee Marvin⁵⁾ sowie eine Anzahl gleichgelagerter Fälle mit auch in Deutschland bekannten Namen des Showbusiness⁶⁾ verhalfen damit einem in der deutschen wie in der amerikanischen Rechtsordnung sehr kontrovers behandelten Problem zu weitgehender Beachtung.

- 1) "The California Supreme Court made history when it declared that the parties may have entered into an enforceable contract", vgl. Beck, Nontraditional Lifestyles and the Law, 17 Journal of Family Law 865 (1978-79)
- 2) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976) = 134 Cal.Rptr. 815; vgl. auch Giesen, Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (169)
- 3) Thomas Voss in Die WELT vom 8.1.1979
- 4) nach Süddeutsche Zeitung vom 21.4.1979
- 5) bekannt durch Filme wie "Cat Ballou", "Band Waggon" ("Westwärts zieht der Wind") und den Song "I was born under a wandering star", der auch in deutsche Hitparaden gelangte
- 6) So fordert Karen Ecklund von Nick Nolte 4 Mio. \$, Cynthia Lang von Alice Cooper 3,5 Mio \$, Britt Ekland von Rod Stewart 21 Mio \$ und Penny McCall von Peter Frampton die Hälfte seines Vermögens, zumindest 1 Mio \$ (vgl. Rheinische Post vom 13.2.1979 und Ruhrnachrichten vom 3.2.1979); zum letzten Fall s.a. TIME Europe vom 30.4.1979 p.34

Wie stark, ob berechtigt oder nicht, der Einfluß der Marvin-Entscheidung nicht nur auf die amerikanische Bevölkerung¹⁾, sondern vor allem auf das amerikanische Recht war und noch ist, kann die Arbeit der Journalisten aber nur andeutungsweise aufzeigen.

Vielmehr bedarf es einer gründlicheren Bestandsaufnahme und Aufbereitung. Sie zeigt sich in den USA schon allein daran, daß der Fall Marvin bis 1978 in mehr als 15 Rechtszeitschriften Gegenstand von Kommentaren, Anmerkungen oder Artikeln geworden war²⁾.

Darüber hinaus erweist sich der Fall Marvin als "leading case" nicht nur für gleich oder ähnlich geartete kalifornische Fälle, sondern auch für die Entscheidungsfindung in anderen US-amerikanischen Bundesstaaten³⁾, selbst wenn diese, vor allem in güterrechtlichen Bereichen, eine abweichende Rechtssystematik aufweisen⁴⁾.

Die Beschäftigung mit dem nichtehelichen Zusammenleben führt auch zur Entdeckung recht kurioser Fallgestaltungen. Als Beispiel dafür mag im deutschen Recht der Beschluß des 1. Familiensenats des

-
- 1) hier natürlich eher die letzte Entscheidung des Untergerichts, die konkrete Zahlungsansprüche zu prüfen hatte und zum Teil bejahte (Superior Court for the County of Los Angeles, 17.4.1979, abgedruckt in The Los Angeles Daily Journal vom 19.4.1979)
- 2) vgl. Casad, Unmarried Couples and Unjust Enrichment: From Status to Contract and Back Again, 77 Michigan Law Review 47 (1978), 50
- 3) s. dazu das Entscheidungsregister und die neueste Ausgabe von Shepard's Citation/Pacific Reporter unter 557 P.2d 106. So stellt auch Justice Mattina im Fall McCullon v. McCullon 410 N.Y. S.2d 226 (1978), 230, fest, die Marvin-Entscheidung sei "a landmark decision, which should serve as a guiding beacon for the rest of the country"
- 4) zur Unterscheidung zwischen den community-property- und den separate-property-Staaten s. S. 113, 114

Schleswig-Holsteinischen OLG vom 24.11.1978¹⁾ dienen, in dem das Gericht darüber befand, ob die Bezeichnung der Beziehung als "Bratkartoffelverhältnis" (durch das Untergericht) einen Ablehnungsantrag rechtfertige. Für das amerikanische Recht sei die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde genannt, wonach einer Gemeinde untersagt wurde, einem "cohabiting couple" die "family membership" in einer Badeanstalt zu verwehren²⁾.

Diese Fälle sind jedoch die Ausnahme. Vielmehr betrifft die überwiegende Mehrzahl der Entscheidungen ganz harte persönliche, soziale und finanzielle Konsequenzen, die sich aus dem Zusammenleben oder seiner Beendigung für einen oder möglicherweise sogar beide Partner ergeben können.

Das Zusammenleben ist ein sozialer Tatbestand, die Umwelt reagiert auf ihn.

Dies drückt sich nicht nur im Miet- und Sozialhilferecht aus, sondern immer mehr auch im haftungs- und familienrechtlichen Bereich.

So liegt es einerseits nahe, Überlegungen anzustellen, ob die Gläubigerschutz-Vorschriften der § 31, Nr. 2 KO³⁾ und § 3, Abs. 1, Nr. 2 AnFG⁴⁾ unter Beachtung des Art. 6 GG nicht ebenso für die nichteheliche

1) in: SchlHA 1979, 51; s.a. Anmerkungen dazu von Luthin, Das 'Bratkartoffelverhältnis' in rechtlicher Sicht, FamRZ 1979, 686; und Schneider, JuRBüro 1979, 1126; das neueste Beispiel dazu bietet ein Urteil des OVG Saarlouis, NJW 1981, 479; zur Entscheidung stand ein Fall, in dem der männliche Partner gegen Schule und Land um die Anerkennung seiner Wahl als Klassenelternsprecher in der Klasse des Kindes seiner Lebensgefährtin stritt. Siehe auch den Fall des Sozialgerichts Frankfurt, FamRZ 1982, 66

2) Darstellung bei Glendon, Legal Response to de facto Marriage, FSchr. Ferid aaO., 495 unter Bezugnahme auf Note, 3 Family Law Reporter 2497 (1977)

3) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, Konkursordnung, § 31, Rdz. 21 verlangen noch eine Ehe, wenn sie auch nichtig sein mag; s.a. Strätz, FamRZ 1980, 301 (304); Bosch, FamRZ 1976, 82

4) Ähnlich wie vor Böhle=Stamschräder-Kilger, Anfechtungsgesetz, § 3 II 6a); ganz anders die Regelungen, die hierzu noch zu Anfang des 20. Jahrhunderts in der KuK-Monarchie entstanden; vgl. Schneider, Die rechtl. Stellung der Lebensgefährtin, ÖJZ 1965, 174 ff.

lich Zusammenlebenden anwendbar sind wie die Grundsätze des § 1357 BGB (womöglich über die Regeln der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht)¹⁾; andererseits ergeben sich aus dem Zusammenleben Fragen in Hinsicht auf Unterhalt oder Recht der elterlichen Sorge.

Das Interesse richtet sich auch auf die Anwendung insbesondere des § 1579 Abs. 1 BGB, der bei grober Unbilligkeit den Unterhaltsanspruch eines Ehegatten gegen den anderen ausschließt oder einschränkt. Hier scheint die Diskussion, soweit das nichteheliche Zusammenleben des unterhaltsberechtigten Partners mit einem Dritten als Synonym der Unbilligkeit im Sinne von Abs. 1 Nr. 4 verstanden wird, noch längst nicht abgeschlossen zu sein²⁾.

-
- 1) vgl. Wacke, Streitfragen um die neugeregelte Schlüsselgewalt, NJW 1979, 2585 (2587); auch Kunigk, aaO., S. 101 mit weiteren Nachweisen; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 99 und Strätz, FamRZ 1980, 301 (304) sowie Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 23
 - 2) Dazu ergingen allein innerhalb der letzten Jahre eine Reihe von Urteilen: OLG Celle, FamRZ 1979, 119; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 438; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 592; OLG Hamm, FamRZ 1979, 819; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 928; BGH NJW 1980, 124 und zuletzt OLG München, FamRZ 1980, 361; OLG Köln, FamRZ 1980, 362; ausführliche Rechtsprechungsnachweise bei Lipp, AcP 180 (1980), 537 (551, Fn. 39 und 552, Fn. 40), sowie zuletzt für die Anwendung des § 1579, Abs. 1 Nr. 4 BGB OLG Hamm, FamRZ 1981, 954, 892 u. 162; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 779 und BGH FamRZ 1980, 665; a.A. OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 996; differenziert BGH FamRZ 1980, 879; OLG Hamm, NJW 1981, 464; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1118; s.a. S. 171 f.; Bosch, Rückblick und Ausblick, FamRZ 1980, 739 (745): Thema ist "heillos umstritten" s.a. Palandt-Diederichsen, BGB, § 1579, Anm. 2c)mwN; wie hoch gerade in diesem Bereich die Wogen der Emotionen zu reichen vermögen, vgl. Scheld, Unterhaltsversagung wegen grober Unbilligkeit, FamRZ 1978, 681; ders., Trennung ohne Ehe und in der Ehe, FamRZ 1979, 990; wohltuend dagegen Limbach, Unterhaltsverlust wegen grober Unbilligkeit bei Getrenntleben, NJW 1980, 871 ff., die zu Recht Kritik an Scheld und den von beiden zitierten Urteilen OLG Hamburg, FamRZ 1978, 118; OLG Schleswig, FamRZ 1977, 814; AG Pinneberg, FamRZ 1978, 119; AG Lörach, FamRZ 1978, 412, übt.

Entgegen Palandt-Diederichsen, aaO., möchte MünchKomm-Richter zu § 1579, Rdz. 17 statt des § 1579, Abs. 1 Nr. 4 BGB den § 1577, Abs. 1 angewandt wissen.

So auch im amerikanischen Recht ausdrücklich unter Hinweis auf mangelnde oder schuldhaft herbeigeführte Bedürftigkeit: In re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763 (1978); dazu auch Oldham, The Effect of Unmarried Cohabitation by a former Spouse upon his or her Right to Continue to Receive Alimony; 17 Journal of Family Law 249 (1978-79), 257 ff.

Auch das Recht der elterlichen Sorge kann unmittelbar betroffen sein. Darf einem geschiedenen Ehegatten das Sorgerecht über das eheliche Kind übertragen werden, wenn er in einem nichtehelichen Verhältnis lebt¹⁾?

Was ist mit gemeinsamen, nichtehelichen Kindern der Zusammenlebenden - ist ein gemeinsames, dem elterlichen Sorgerecht von Eheleuten vergleichbares Institut denkbar, oder empfiehlt sich ein Ausweg in das Adoptions- und Vormundschaftsrecht²⁾? Ähnliche Fragezeichen wird man beim Studium des amerikanischen Rechts finden, wenn auch ein gewisser Unterschied festzuhalten ist: da das Recht der elterlichen Sorge ("child custody")³⁾ als Bestandteil des Familienrechts nach equity-Prinzipien einem bisweilen auch dogmatisch weniger präzisen Richterspruch unterliegt, der auf der Basis des "best interest of the child"⁴⁾ entscheiden kann, sind

- 1) vgl. dazu OLG Hamm, FamRZ 1976, 284 recht apodiktisch: "Einem Elternteil, der in einem eheähnlichen oder ehebrecherischen Verhältnis mit einer anderen Person zusammenlebt, kann das Personensorgerecht über minderjährige Kinder in der Regel nicht übertragen werden." Ebenso OLG Hamm, FamRZ 1977, 144. So wohl auch Bosch, Die Neuordnung des Eherechts ab 1. Juli 1977, FamRZ 1977, 569 (575)
- 2) vgl. Behn, Schutz faktischer Familienverhältnisse im Familienrecht und Sozialrecht, ZblJugR 1980, 1 ff.; s.a. Namgalies, aaO., S. 27 ff.; Beitzke, Zur Ehelicherklärung von Konkubinatskindern, FamRZ 1974, 553 ff.; hierzu zuletzt das Urteil des BVerfG v. 24.3.1981, NJW 1981, 1201 = FamRZ 1981, 429, sowie KG Berlin, FamRZ 1982, 95 und Holzhauer, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, 109 ff., insbesondere S. 113, mit zahlreichen Nachweisen
- 3) zum Begriff der "custody" im amerikanischen Recht vergl. Krause, Kommende Entwicklungen im amerikanischen Unehelichenrecht, FamRZ 1969, 304 (309)
- 4) Glendon, Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies, 23 American Journal of Comparative Law 1 (1975), 20

gelegentlich Abweichungen zu deutschen Regelungen erkennbar¹⁾.

Die haftungsrechtlichen Überlegungen im deutschen Recht lassen sich allerdings vom Ansatz her auch im amerikanischen Recht wiederfinden, wenn auch mit systemspezifischen Ausprägungen: da nach "common-Law" ein Recht der freien Namenswahl besteht²⁾ - sofern die Ausübung des Rechts nicht mißbräuchlich ist³⁾ - er-

- 1) So gibt es eine große Anzahl an Urteilen, die das Sorgerecht den nichtehelich zusammenlebenden Partnern zusprechen: vgl. Glendon, Marriage and the State: The Withering Away of Marriage, 62 Virginia Law Review 663 (1976), 688 und Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (1976), 108; "Courts have sustained parental custody rights in the nonmarital family." So sagt auch eine Entscheidung aus dem Bundesstaat Minnesota ausdrücklich: "Lia-son appear (ed) to have a positive, rather than a negative effect on his boys" (Torrance v. Torrance), 1 Family Law Reporter 2456 (1975), 2457; dazu auch Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (689-690); dies., State, Law and Family, Family Law in Transition in the United States and Western Europe, S. 92, und abwägend unter dem Gesichtspunkt des "best interest of the children" Christiansen v. Christiansen, 335 N.E. 2d 581 (1975), 584

Darstellungen auch bei Beck, 17 Journal of Family Law 685 (693 ff.); Fernandez, Beyond Marvin: A Proposal for Quasi-Spousal Support, 30 Stanford Law Review 359 (1978), 374 mwN Fn. 67 so- wie Kay-Amyx, Marvin v. Marvin, Preserving the Options, 65 California Law Review 866 (1977), 972 und Meulders-Klein, Cohabi- tation and Children in Europe, 29 American Journal of Compara- tive Law, 359 (1981)

- 2) Bergmann-Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. VII, 33 und 39; Hirsch, Living Together, A Guide to the Law for Unmarried Couples, S. 45 ff.; Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (702); Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (189); vgl. auch die Parteibezeichnungen der vorn angeführten Urteile; bezeichnend das Rubrum in Beckman v. Mayhew, 122 Cal.Rptr. 604 (1974): "Claire D. Beckman, also known as Claire D. Mayhew" und In re Marriage of Cary, 109 Cal.Rptr. 862 (1973), 863

Bemerkenswert ist, daß Michelle Marvin am 8.5.1970 noch Michelle Triola hieß. Drei Tage später endete ihre Beziehung zu Lee Marvin (Vgl. Kay-Amyx, 65 California Law Review 837 (1977)) zum deutschen Recht s. Strätz, FamRZ 1980, 301 (306)

- 3) recht plastisch Hirsch, aaO., S. 45; mißbräuchlich wäre die Na- menswahl "Henry Kissinger to get a free ride on El Al."

zeugt ein Auftreten unter gleichem Namen eine Haftung nach Anscheinsgrundsätzen¹⁾. Aber auch abweichend von dieser Fallgestaltung kann eine Haftung angenommen werden, wenn das Verhalten der Partner dazu Anlaß gibt²⁾.

Einen gewissen Kulminationspunkt erreicht die Problembehandlung jedoch erst, wenn das nichteheliche Zusammenleben endet. Hier beginnt die juristische Nagelprobe. Mag vor der Auflösung eine Entscheidung an Maßstäben auszurichten sein wie Gläubigerschutz oder Kindeswohl, so fehlen solche Leitlinien, sieht man von einem Sittenwidrigkeitsverdikt oder verfassungsrechtlichen Beurteilungen ab, für die Zeit danach völlig. Dies mag daran liegen, daß die Partner "aus dem Raume des Rechts geflüchtet"³⁾ sind.

Festzustellen ist jedenfalls, daß das Zusammenleben zweier Individuen⁴⁾ im Rahmen ihrer Außenbeziehungen auch mit der geltenden Rechtssystematik erfaßt werden kann, der Gesetzgeber und die Rechtsprechung sich jedoch, von Ausnahmen abgesehen⁵⁾, einer

1) Hirsch, aaO., S. 46

2) "He (der Gläubiger) had a right to rely on both of them because of the way they conducted themselves" Hirsch, aaO., S. 52

3) so Stückradt, aaO., S. 3; von Münch, Ingo, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Götz Landwehr, 137 (150), der gleich daran die Frage anknüpft, ob die Flüchtigen mit den Mitteln des Rechts nun wieder eingefangen werden sollen

4) Was gegenüber der Ehe als Einheit hervorgehoben wird, vgl. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (700, 701); dies., 23 American Journal of Comparative Law 1 (28)

5) so § 122 BSHG:

"Personen, die in eheähnlicher Gemeinschaft leben, dürfen hinsichtlich der Voraussetzungen sowie des Umfangs der Sozialhilfe nicht besser gestellt werden als Ehegatten. § 16 gilt entsprechend."

(Bundessozialhilfegesetz vom 30. Juni 1961 in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. Februar 1976 (BGBl. I, S. 289, ber. S. 1150) und die dazu ergangenen Entscheidungen

Regelung des Innenverhältnisses weitgehend versagen, wenn so irrationale Motivationen wie Liebe oder Zuneigung für dieses Verhältnis bestimmend waren¹⁾. So wird durch die Feststellung eines fehlenden Rechtsbindungswillens oder der Sittenwidrigkeit der Beziehung der Aufbruch in einen dogmatischen Irrgarten erspart²⁾.

Tatsächlich leben heute die Partner "in the limbo between marriage partners and business partners"³⁾.

Erste Anfänge einer dogmatischen Einordnung des nichtehelichen Zusammenlebens sind aber sowohl in den USA als auch in der Bundesrepublik Deutschland⁴⁾ für viele Bereiche dieses Sozialgebildes⁵⁾ festzustellen.

1) vgl. unten S. 34, 35

2) vgl. Sussman, The Four F's of Variant Family Forms and Marriage Styles, 24 The Family Coordinator 563 (1975, 571 "... the State has expressed its opposition to family forms which deviate from the customary"; s.a. Note, Protection of Unmarried Couples against Discrimination in lending under the Equal Credit Opportunity Act, 93 Harvard Law Review 430 (1979), "The unmarried couple does not fit comfortably into the law's traditional categories" und Evans=von Krbek, Die 'Kohabitation' als Gegenstand eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, VersR 1978, 906 (907): "juristisch nahezu völlig ungeklärt"; ebenso Kunigk, aaO., S. 103; vgl. auch Gerhardt, Ehen ohne Trauschein, FAZ vom 28.2.1981: "... auch die Rechtsordnung gerät ein wenig in Verlegenheit, wenn es darum geht, eheähnliche Lebensgemeinschaften an der Elle des Rechts zu würdigen."

3) Angermeier, Property Rights Between Unmarried Cohabitants, 50 Indiana Law Journal 389 (1975), 399

4) Battes, ZHR 1979, 385 ff.; Derleder, NJW 1980, 545 ff.; Henrich, Kollisionsrechtliche Probleme bei der Auflösung eheähnlicher Gemeinschaften, FSchr. Beitzke, 507 ff.; Schwab, bei Landwehr aaO., S. 61 ff.; Strätz, FamRZ 1980, 301 ff. (303)

5) Evans= von Krbek, Das Zusammenleben und sein Verhältnis zu Verlobung und Ehe; JA 1979, 236 (241)

Damit soll ermöglicht werden, ein breites Spektrum von Konflikten vermögens- und unterhaltsrechtlicher Natur nach Beendigung des Zusammenlebens weitgehend einheitlich und für die Partner einer solchen Beziehung voraussehbar zu erfassen: so hatten die Partner durch gemeinsame oder arbeitsteilige Anstrengungen den Bau eines Hauses ermöglicht¹⁾, die Errichtung oder Fortführung eines Betriebes gefördert²⁾, ein Kraftfahrzeug erworben³⁾ oder eine Wohnungseinrichtung angeschafft⁴⁾. Auch gemeinsame oder gegebenenfalls vom gemeinsamen Willen der Zusammenlebenden getragene Dispositionen zur Vermögensbildung durch Spar- oder andere Kapitalanlagen sind denkbar⁵⁾. Die Prüfung der bislang von der Rechtsprechung und Literatur geformten Lösungen (oder auch die bewußte Nicht-Lösung) für den Fall der Beendigung des Zusammenlebens, auch wenn er durch den Tod eines der Partner herbeigeführt wurde⁶⁾, soll ebenso Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein, wie die Frage, ob das Zusammenleben insofern Nachwirkungen zeitigt, als Unterhaltsansprüche eines Partners im Augenblick der Trennung begründet oder bestätigt werden.

1) Vgl. BGH FamRZ 1965, 368; BGH FamRZ 1980, 664; OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796; McCullon v. McCullon, 410 N.Y. S. 2d 226 (1978), 227; Beal v. Beal, 577 P.2d 507 (1978); Wellmáker v. Roberts; 101 S.E.2d 712 (1958); Darstellung bei Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (1975), 393; Battes, ZHR 1979, 385 (388) mwN; Derleder, NJW 1980, 545 (551) mwN

2) vgl. dazu nur den Tatbestand von Keene v. Keene, 371 P.2d 329 (1962), 330, 331

3) OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 109

4) BGH FamRZ 1970, 19 (20)

5) OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (797)

6) Dazu gehört auch die Frage, ob ein Partner bei dem Tod des anderen in dessen Versicherungs- oder andere Ansprüche eintritt oder solche erwirbt.

Das letztere Problem hat zwar, soweit ersichtlich, in der deutschen Rechtsprechung keine Behandlung erfahren, ein anderes gilt jedoch für die amerikanische Rechtsprechung¹⁾ und für die Literatur beider Rechtskreise²⁾.

- 1) vgl. Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (363): "(But) as the courts increasingly take a pragmatic, equitable approach to unmarried unions, 'quasi-spousal support' for the de-facto spouse becomes a clear possibility" (mit Nachweis auf Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976)

s.a. Morgan v. Morgan, 336 N.Y.S.2d 977 (1975), besprochen bei Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1977), 963 und Fernandez, aaO., 376, Fn. 75
Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (270, Fn. 71 mwN)
- 2) s. S. 12, Fn. 6 und Strätz, FamRZ 1980, 301 (307); Roth=Stielow, JR 1978, 233 (236); Brühl, FamRZ 1978, 859; Bartsch, Unterhaltspflichten nach Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft, JR 1979, 364; Schwab, bei Landwehr, aaO., 68; Meier=Scherling, DRiZ 1979, 296 (300); Scheld, FamRZ 1979, 990

2. Kapitel: Bezeichnung

Erstaunlich und gleichzeitig signifikant ist die Tatsache, wieviel Mühe darauf verwandt wurde, dieses Verhältnis, das vorstehend als "nichteheliches Zusammenleben" titulierte wurde, angemessen zu bezeichnen, ohne sich entweder dem Vorwurf der Befangenheit¹⁾ oder dem der ehrenrührigen Formulierung²⁾ auszusetzen.

"This status doesn't even have a proper name", stellt Barbara Hirsch³⁾ fest und beschreibt die Zwickmühle, in der sich selbst die Partner dieser "shadow institution of marriage"⁴⁾ befinden: "I've thought of calling her 'my life' — I wouldn't call her 'my wife'".

Die Bezeichnungen reichen im deutschsprachigen Raum vom "Bratkartoffelverhältnis"⁵⁾ über "wilde Ehe"⁶⁾, "Onkelehe"⁷⁾, "papierlose Ehe"⁸⁾, "nichteheliche Lebensgemeinschaft"⁹⁾ zu

1) s. dazu Fn. 1 auf S. 6; "Wortverlegenheit": Gerhardt, FAZ v. 28.2.1981

2) vgl. Speckmann, Terminologisches zur Rechtsprechung in der Frage letztwilliger Zuwendungen bei ehebrecherischen Beziehungen, JZ 1969, 733 (735) sowie Wingen, Der soziologische Tatbestand der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, FamRZ 1981, 331 (332) und Finger, Wohngemeinschaft, Partnerschaft, Lebensgemeinschaft, "Alternative Formen" des Zusammenlebens, JZ 1981, 497; erheblicher Mühe unterzieht sich Gernhuber, Ehe und Familie als Begriffe des Rechts, FamRZ 1981, 721 (723, 724)

3) Hirsch, aaO., S. 5

4) s. Fn. 1 auf S. 6

5) s. Fn. 1 auf S. 6

6) Brühl, FamRZ 1978, 859

7) OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (797); statt dessen "Rentenkombinat" Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (242); Rüfner, bei Landwehr aaO., 94; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 9 mwN

8) Graue, bei Landwehr aaO., 101 mwN; Landwehr, aaO., S. 1 und 7

9) Becker, bei Landwehr aaO., 13; von Münch, I., bei Landwehr aaO., 138 ("Ehe ohne Trauschein")

"eheähnlichen Gemeinschaft"¹⁾, "Lebensgemeinschaft"²⁾ und "Konkubinat"³⁾.

In den USA hat man sich ebenfalls nicht auf einen Begriff festlegen können: man spricht dort von der "informal marriage"⁴⁾, "cohabitation"⁵⁾, "de facto marriage"⁶⁾, "interspousal relation"⁷⁾ oder "consortium"⁸⁾, wobei ebenso wie vielfach im deutschen Recht die Bezeichnungen lediglich synonym gebraucht und gemeint sind. Zweifellos birgt die Subsumierung unter eine juristische Begriffsfassung die Gefahr einer Einordnung und Einschätzung⁹⁾ - dies wird bei den Begriffen "Onkelehe" oder "Rentenkonkubinat" offenbar, die objektiv nur ganz bestimmte Sachlagen erfassen - so daß tendenziöse Bezeichnungen wie "illicit cohabitation"¹⁰⁾,

-
- 1) vgl. den Wortlaut von § 122 BSHG und OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (797) sowie Namgalies, aaO., 18; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 1 ff.
 - 2) OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (798) = NJW 1979, 2050 (2051)
 - 3) so mit guten Gründen zuletzt Strätz, FamRZ 1980, 301 (303); Klausner, MDR 1979, 896; Becker, bei Landwehr aaO., 13; zur Kritik s. Kunigk, aaO., S. 20
 - 4) Glendon, Marriage and the State: The Withering Away of Marriage, 62 Virginia Law Review 663 (685)
 - 5) s. Angermeier, Property Rights Between Unmarried Cohabitants 50 Indiana Law Journal 389 (1975); Bruch, Illicit Cohabitation, The Impact of the Vallera and Keene Cases on the Rights of the Meretricious Spouse, 6 U.C. Davis Law Review 354 u.a.
 - 6) Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (665); Beck, 17 Journal of Family Law 685 (688) und Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (272, 273) verwenden diesen Begriff nur, wenn die Partner sich als Ehepaar ausgeben
 - 7) Rheinstein, Vorwort zu Glendon, State, Law and Family, S. VII
 - 8) Hirsch, aaO., S. 6 und 7
 - 9) vgl. Evans=von Krbek, JA 1979, 236; Namgalies, aaO., S. 18
 - 10) Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389

"meretricious relationship"¹⁾ oder "Mätressentestament"²⁾ schon eine Antwort geben, sobald begonnen wird, die Fragestellung zu präzisieren³⁾.

Ohne auf die sehr ausführliche Diskussion zu diesem Punkt⁴⁾ eingehen zu wollen, bleibt nur die Rechtfertigung, warum gerade die Bezeichnung "nichteheliches Zusammenleben" gewählt wurde.

Sie enthält die notwendige Neutralität, die für eine breite rechtliche Beurteilung und Fortbildung von Lösungsansätzen unerlässlich ist. Die Bedenken, die Derleder⁵⁾ gegen eine "Negativbestimmung" einwendet, vermögen nicht zu überzeugen; das nichteheliche Zusammenleben grenzt sich tatsächlich von der herkömmlichen Art der heterosexuellen Beziehung der Ehe lediglich durch

1) zuletzt People v. Delph, 156 Cal.Rptr. 422, 425

2) dazu Speckmann, JZ 1969, 733 mit Nachweisen auf die Rechtsprechung

3) zum Problem der tendenziösen Bezeichnung s.a. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 491 (493)

4) Beispielhaft dazu: Strätz, FamRZ 1980, 301 (303); Derleder, NJW 1980, 545, Fn. 1; Namgalies, aaO., S. 17, 18; Evans=von Krbek, JA 1979, 236; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 3-5

5) NJW 1980, 545 (Fn. 1)

ein negatives Merkmal, das Nichtvorhandensein eines staatlich sanktionierten Eheschlusses, ab¹⁾.

Es reicht schließlich aus, diese Bezeichnung als Arbeitstitel zu verstehen, der in sich keinerlei Implikationen enthalten soll, etwa so, wie es Justice Friedman im Fall Beckman v. Mayhew formulierte²⁾.

1) "In one respect, however, they differ from most couples: They are not married." Kay-Amyx, 65 California Law Review (937); Wie sehr in tatsächlicher Hinsicht das nichteheliche Zusammenleben dem Idealbild der Ehe schlechthin entsprechen kann, vermag der Tatbestand des Falles In re Marriage of Cary 109 Cal. Rptr. 862 (1973) 863 zu zeigen, nachdem die Partner innerhalb von 8 Jahren vier gemeinsamen Kindern eine "heile Familie" boten, vgl. auch Baumann, aaO., S. 41

2) 122 Cal.Rptr. 604 (1974), 605, Fn. 1

"We use the term nonmarital relationship to describe a man and woman's indefinitely continued assumption of family life without a marriage ceremony and without good faith belief that they are married. Our descriptive term applies to a relationship which a number of decisions term meretricious."

3. Kapitel: Historische Wurzeln: Konkubinat und
Kebsehe und ihre Nachfolger in der Gegenwart

Bevor das nichteheliche Zusammenleben der rechtlichen Analyse unterzogen werden soll, ist zunächst die Frage zu stellen, was die Veranlassung für eine solche Analyse gegeben hat.

Sicherlich nicht das "nichteheliche Zusammenleben" eo ipso. Mag Prostitution das älteste Gewerbe der Welt sein und Unzucht eines unserer ältesten Verbrechen¹⁾, so ist doch auch das nichteheliche Zusammenleben eine, vielleicht allzeit unkonventionelle, aber recht betagte Form der Zwei-Personen-Beziehung²⁾.

Konkubinat wurde sie bei den Römern genannt³⁾ und muß sich einiger Beliebtheit erfreut haben, da die Zwölf-Tafel-Gesetzgebung für sie ausdrückliche Regelungen vorsah⁴⁾; auf die Zeitlosigkeit dieser Regelungen wird noch einzugehen sein⁵⁾.

1) vgl. Note, Fornication, Cohabitation and the Constitution, 77 Michigan Law Review 252 (1978), 253

2) zur Rechtsgeschichte vgl. vor allem Becker, bei Landwehr aaO., 13 ff.; Thomas, Formlose Ehen, Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung, Diss., 1973; Schwab, FamRZ 1981, 1151 ff.; Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 10 f.
s.a. Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (73) und Bosch, FamRZ 1980, 849 (852)

3) vgl. Becker, bei Landwehr aaO., 14; Namgalies, aaO., S. 10 zur Rechtsgeschichte s.a. Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296

4) vgl. Glendon, State, Law and Family, S. 109, Fn. 103

5) s. S. 118

Die Germanen fanden mit der Kebsehe wohl die ihnen gemäße Einrichtung, um dem nichtehelichen Zusammenleben außerhalb von Munt- und Friedelehe einen juristischen Riegel vorzuschieben¹⁾.

Aufbauend auf Augustinus, Thomas von Aquin und dem Konzil von Toledo im Jahre 400 akzeptierte die mittelalterliche Kirche weitgehend²⁾ das, was wir heute als nichteheliches Zusammenleben verstehen, wobei allerdings einschränkend festgestellt werden muß, daß das nach Kirchenrecht erlaubte Konkubinat sich von der Ehe nur aufgrund des Fehlens eines förmlichen Eheschlusses unterschied^{2a)}. Eine weitgehende Gleichsetzung mit der Institution der Ehe war damit auch aus kirchenrechtlicher Sicht möglich und so mit den Lehren in Einklang zu bringen. Dieser Zustand fand erst auf dem fünften Laterankonzil von 1514 unter Papst Gregor X. und dem Tridentinischen Konzil von 1563 sein Ende, angeblich, da die Zahl der im Konkubinat lebenden Priester überhand genommen hatte³⁾.

Insofern ist auch die Aussage von Graue verständlich⁴⁾, der das nichteheliche Zusammenleben bezeichnet als "Rückgriff auf die Epoche, die mit dem Konzil von Trient zu Ende ging, oder ein Vorgriff auf das 21. Jahrhundert."

Die Notwendigkeit einer Analyse ergibt sich auch nicht aus der schon vorn⁵⁾ dargestellten breiten publizistischen Behandlung von Streitfällen wie der Marvin-Entscheidung.

1) vgl. Becker, bei Landwehr aaO., 14, 19; interessant ist in diesem Zusammenhang wohl ein Gesetzentwurf der linkssozialistischen Fraktion im dänischen Reichstag (bei Graue, bei Landwehr aaO., 127, 129), der nahezu auf den gleichen Regelungsinhalt hinausläuft; s.a. Baumann, aaO., S 17, 18 sowie Schlüter, aaO., S. 18, dort Fn. 56

2) Becker, bei Landwehr aaO., 18

2a) vergleichbar den Regeln der "common law marriage", s. S 41 ff.

3) Becker, bei Landwehr aaO., 23, 28

4) bei Landwehr aaO., 99; den ersten Teil der Analyse bejaht Schlüter, aaO., S. 19

5) s. S. 4

Auch sie ist nur ein Spiegelbild dessen, was sich in unserer Gesellschaft abspielt und was allenthalben die Motivation für eine umfassende Beschäftigung mit dem nichtehelichen Zusammenleben bietet:

Die "dritte Alternative"¹⁾ von den Möglichkeiten der Lebensgestaltung hat in den letzten Jahren erstaunlich zugenommen. Zwar fehlen wirklich verlässliche Zahlen, einerseits wegen der bislang noch fehlenden breiten demographischen Erfassung²⁾, andererseits wegen der Schwierigkeiten, denen sich auch eine solche Erfassung bei der Typisierung des zu Erfassenden gegenüberst³⁾.

Dennoch ist es möglich, unter anderem durch eine Relativierung der Zahl der Personen im heiratsfähigen Alter zur Zahl der Eheschließungen, durch Feststellung der Zunahme oder Abnahme der Eheschließungen pro Tausend der Bevölkerung (da der Wunsch nach Partnerschaftlichen Beziehungen wohl gleichgeblieben is.) oder durch Vergleich der Zahl der Mehrpersonenhaushalte mit der Zahl der Eheschließungen oder andere Modelle Indikationen aufzuzeigen⁴⁾.

1) Hirsch, aaO., S. 3

2) Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 10; Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55; Benda, Demoskopie und Recht, JZ 1972, 497 ff.

3) Glendon, State, Law and Family, S. 92; dies., FSchr. Ferid aaO., 686, Fn. 98; Gerhardt, FAZ vom 28.2.1981; kritisch zum Wert statistischer Aussagen Ringeling, ZEE 1980, 143; Problem der "inhaltlichen Abgrenzung", so Wingen, FamRZ 1981, 331 (332); vgl. auch Schlüter, aaO., S. 7

4) vgl. U.S. Bureau of the Census, Current Population Reports, Series P-20, No. 349, "Marital Status and Living Arrangements; March 1979",
herausgegeben Februar 1980, S. 2, Textteil

Unter Zugrundelegung solcher Raster lassen sich wichtige Feststellungen treffen: so ist sowohl in der Bundesrepublik Deutschland¹⁾ als auch in den USA²⁾ ein Sinken der Heiratsziffern festzustellen - in den USA einhergehend mit einer beachtlichen Zunahme der Scheidungsrate³⁾. Zwar hat der ehemalige Bundesjustizminister Vogel in der Anhörung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des 1. EheRG ein Anwachsen der Heiratsziffer darlegen können, dies ist aber nach dem vorhergehenden Tiefpunkt auch dadurch zu erklären, daß besonders im Augenblick geburtenstarke Jahrgänge in das heiratsfähige Alter kommen⁴⁾.

Übereinstimmend wird von einer erheblichen Zunahme der nichtehelichen Verbindungen gesprochen⁵⁾; das Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung schätzte im Dezember 1977 ca. 1 Mio. derartiger

1) vgl. Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (56); Statistisches Bundesamt, Fachserie 1, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Reihe 2.1 Eheschließungen, Geborene und Gestorbene: 1960=9.4/1000; 1970=7.3/1000; 1975=6.3/1000; 1977=5.8/1000
s.a. Bauer, aaO., I. Folge; Rein, Die Bevölkerungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1980, 961 (962)

2) vgl. Glendon, State, Law and Family, S. 81

3) Glendon, ebda.; angesichts der Reform des Scheidungsrechts und ihrer Konsequenzen sind die deutschen Zahlen, obwohl in die gleiche Richtungweisend, nicht verlässlich genug, vgl. Bauer, aaO. und Wingen, FamRZ 1981, 331 (333)

4) vgl. Fromme, Was ist mehr, das Einzelschicksal oder das Prinzip, FAZ v. 4.12.1979, S. 8; s.a. Strätz, FamRZ 1980, 301 (302)

5) Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 507; auch das westliche Ausland betreffend vgl. Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (56); Graue, bei Landwehr aaO., 103 Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (109); Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (962); Glendon, State, Law and Family, S. 79
Zum Anstieg der Zahl der Nichtehelichengeburten vgl. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (715)

Partnerschaftsformen¹⁾, in den USA beläuft sich die geschätzte Zahl sogar auf 6 - 8 Mio. Amerikaner, die ohne Trauschein zusammenleben²⁾.

Das US-Bureau of the Census³⁾ veröffentlichte Zahlen, die eine Zunahme des nichtehelichen Zusammenlebens zwischen 1960 und 1970 um 700 % annehmen lassen⁴⁾. Von 1970 bis zum März 1976 schätzte das Amt eine Zunahme um weitere 100 %⁵⁾.

Wingen⁶⁾ hat sich aus soziologischer Sicht mit dieser Partnerschaftsform erst vor kurzem gründlich auseinandergesetzt.

Ansonsten fehlt aber bislang eine gründliche soziologische Er-

1) Evans=von Krbek, JA 1979, 236; neue Zahlen vgl. Wingen, FamRZ 1981, 331 (332 u. 333) und Schlüter, aaO., S. 7-9

2) Glendon, State, Law and Family, S. 91; anders U.S. Bureau of the Census, hier Fn. 4 auf S. 20

3) 1970 Census of Population, Supplementary Report on Marital Status and Living Arrangements of the Population in the United States; der nächste Federal Decennial Population Census wurde erst wieder im Jahre 1980 durchgeführt. Die Zahlen liegen noch nicht vor.

4) Glendon, State, Law and Family, S. 91; dies., 62 Virginia Law Review 663 (686); Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (251) Note, 77 Michigan Law Review 252 (254); Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (109, Fn. 1); Beal v. Beal, 577, P.2d 507 (508, Fn. 2)

5) Note, 77 Michigan Law Review 252 (254, Fn. 8) und Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (962, Fn. 153); s.d. Bureau of the Census, Current Population Reports, Serie P-20, Marital Status and Living Arrangements, 1976 (hrsg. 1977)

6) FamRZ 1981, 331 ff.

fassung von nichtehelich Zusammenlebenden¹⁾, von vereinzelt Betrachtungen im Rahmen familiensoziologischer Arbeiten²⁾ abgesehen, die aber zum Teil aufgrund ihres Alters nur noch beschränkten Aussagewert haben.

Festzuhalten ist nur, daß das nichteheliche Zusammenleben, das als Lebensform von einer jüngeren Generation geprägt worden sein mag, sich nunmehr auch auf die mittlere und ältere Generation ausgebreitet hat³⁾. Dies galt allerdings schon immer, zumindest seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges, bezüglich der sogenannten "Rentenkonkubinate" oder "Onkelehen".

- 1) vgl. Lipp, AcP 180 (1980), 537 (539, Fn. 1); Schlüter, aaO., S. 7
- 2) Sussman, 24 The Family Coordinator 563 (1975); Schelsky, Wandlungen der Deutschen Familie in der Gegenwart (1967); König, Materialien zur Soziologie der Familie (1946); Shorter, Die Geburt der modernen Familie (1977); s.a. Landwehr, aaO., 1
- 3) Beck, Nontraditional Lifestyles and the Law, 17 Journal of Family Law 685 (1978/9) S. 691; s.a. Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (391, Fn. 7); Glendon, State, Law and Family, S. 79

4. Kapitel: Versuch einer Tatbestandsumschreibung des nichtehelichen Zusammenlebens

Eine Behandlung des Themas "nichteheliches Zusammenleben" muß sich zwangsläufig nicht nur aus dogmatischem Interesse, sondern auch im Sinne einer praktischen Nutzbarkeit mit dem Problem auseinandersetzen, welche Mehr-Personen-Beziehungen mit dem "nichtehelichen Zusammenleben" gemeint sind.

Dies bedingt auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob solche Versuche zur Tatbestandsumschreibung der weiteren Diskussion förderlich oder eher geeignet sind, bestehende Unklarheiten zu vergrößern¹⁾.

Sowohl für das amerikanische wie auch für das deutsche Recht scheint es gerechtfertigt, die gleichgeschlechtlichen Beziehungen homosexueller oder lesbischer Art²⁾ auszuklammern; dies mag zwar nicht

1) so Schwab, bei Landwehr aaO., 62, Fn. 3; Bosch, FamRZ 1980, 849 (852) bezeichnet es als "die wichtigste Frage", ab wann denn überhaupt ein Konkubinat anzunehmen sei; s.a. Schwab, FamRZ 1981 1151 u. Wingen, FamRZ 1981, 331 (332)

2) Das Problem besteht weniger für uns als für die amerikanische Rechtsordnung: so werden in den USA vereinzelt auch Heiratslizenzen an homosexuelle Paare ausgegeben und Heiraten vollzogen (Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (677 mwN); es wird diskutiert, ob das Equal Rights Amendment zur amerikanischen Verfassung nicht auch die Anerkennung homosexueller Ehen verlangt (Coester-Waltjen, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in den Vereinigten Staaten, JZ 1976, 257 (262); zur verfassungsrechtlichen Diskussion vgl. auch Note, Fornication, Cohabitation and the Constitution, 77 Michigan Law Review 252 (1978), 265, 266; Nachfolgend wird zwar auch Rückgriff genommen auf die Entscheidung Ireland v. Flanagan 627 P.2d 496 (1981), die sich mit der Auflösung der Beziehung zweier Frauen beschäftigt, das Gericht hat jedoch ausdrücklich klargestellt, daß die gleichen Grundsätze wie bei verschiedengeschlechtlichen Verbindungen anzuwenden sind (dort S. 500)

Allgemein zur gleichgeschlechtlichen Gemeinschaft: Fall 3 (Jan und Kim) bei Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (967); Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (Fn. 4); Note, Protection of Unmarried Couples against Discrimination in lending under the Equal Credit Opportunity Act, 93 Harvard Law Review 430 (1979) 432, Fn. 21; Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (256); zu lesbischen Gemeinschaften s. Fn. 32; s.a. Hirsch, aaO., S. 7-9; im deutschen Recht vgl. Strätz, FamRZ 1980, 301 (303); Kunigk, aaO. S. 36

ganz folgerichtig sein (da auch im Ergebnis sich die vermögensrechtlichen Fragen einander gleichkommen dürften). Andererseits ist besonders in diesem Bereich eine Verlagerung des Problems vom Rechtlichen in das Moralische so deutlich, daß vordringliche Anliegen dieser Arbeit vernachlässigt würden¹⁾.

Ein Gleiches hat für Kommunen²⁾ und - was hauptsächlich die USA betreffen dürfte - für polygame Lebensformen, etwa den Mormonen-Familienverband, zu gelten³⁾.

Nichteheliches Zusammenleben wird von der deutschen Rechtsprechung, soweit sie sich auf eine Festlegung eingelassen hat, verstanden als "Zusammenleben wie Mann und Frau"⁴⁾, "Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft"⁵⁾ nach der Literatur als "dauerhafte und ausschließliche"⁶⁾ Lebensgemeinschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechts⁷⁾.

1) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (106); von Münch, I., bei Landwehr aaO., 138; Schwab, bei Landwehr aaO., 63; Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (967)

Interessant ist hier vielleicht die amerikanische Feststellung, daß die Tendenzen bei gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften entgegen dem sonstigen Trend in die andere Richtung, zur gesellschaftlichen Anerkennung, zur Ehe weisen (vgl. Beck, 17 Journal of Family Law 685 (696, 697))

2) soziologische Untersuchungen haben eine geringe Stabilität dieser Personenbeziehungen nachgewiesen; sie dauern selten länger als drei Jahre (vgl. Sussman, The Four F's of Variant Family Forms and Marriage Styles, 24 The Family Coordinator 563 (1975) 568)

3) dazu s. Schwinge, Polygamie in den USA, FamRZ 1978, 171 und Note, 77 Michigan Law Review 252 (283)

4) vgl. OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (797); AG Berlin-Lichterfelde, JR 1952, 244

5) BVerwGE 15, 306; Derleder, NJW 1980, 545 (546); Rüfner, bei Landwehr aaO., 87

6) Ohlenburger-Bauer, aaO., S. 1 -3

7) von Münch, I., bei Landwehr aaO., 138

Die Amerikaner umschreiben es als "nonmarital union, knowing of no legal marriage, which exists for a significant length of time"¹⁾, wobei umstritten ist, ob ein zusätzliches Merkmal der Beziehung sein darf oder sein soll, daß die Partner sich als Mann und Frau ausgeben²⁾.

Sowohl im deutschen wie auch im amerikanischen Recht wird dem Umstand der sexuellen Beziehung unterschiedliches Gewicht verliehen³⁾; ob eine solche besteht, wird teilweise als völlig unerheblich betrachtet⁴⁾. Eine solche Anschauung entspricht gefestigter Rechtsprechung, soweit es um die Feststellung einer "eheähnlichen Gemeinschaft" im Sinne des § 122 BSHG geht: hier kommt es allein darauf an, ob zwischen zwei zusammenlebenden Erwachsenen verschiedenen Geschlechts eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft dergestalt besteht, daß von einem "Wirtschaften aus einem Topf" gesprochen werden kann⁵⁾.

-
- 1) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (360); vgl. auch Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (685) und Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (263) mit Nachweis auf In re Marriage of Cary und Marvin v. Marvin
 - 2) so Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (371), Fn. 56; ebenso Fichtner, Die eheähnliche Gemeinschaft, ZfF 64, 3
a.A. Justice Roth In re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763 (1978), 765 und Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (256, Fn.30 unter Berufung auf California Civil Code Section 4801.5
"(b) Holding oneself out to be the husband or wife of the person with whom one is cohabiting is not necessary to constitute cohabitation as the term is used in this section."
 - 3) als Voraussetzung der Kohabitation nimmt dies an Justice Roth, aaO., 769; so wohl auch Strätz, FamRZ 1980, 301 (303), der von der "Geschlechtsgemeinschaft" spricht; s.a. Schwab, bei Landwehr aaO., 63; zur Kritik Rüfner, bei Landwehr aaO., 87; nach Fichtner, ZfF 64, 3, braucht das Zusammenleben "nicht notwendigerweise Geschlechtsgemeinschaft" zu sein; a.A. Baumann, aaO., S. 80
s.a. BVerfGE 9, 20 (32, 33) zu § 149, Abs. 5 AVAVG: als "Tatbestandsmerkmal sachfremd und willkürlich"
 - 4) s. Grave, Die eheähnliche Gemeinschaft im Sinne des § 122 BSHG, ZfF 1978, 152 (153); ebenso Derleder, NJW 1980, 545 (546)
 - 5) BVerwGE 15, 306; BVerwG NJW 1978, 388=FamRZ 1977, 392; Rüfner, bei Landwehr aaO., 87, Fn. 2; Grave, bei Landwehr aaO., 106; Derleder, NJW 1980, 545 (546); dazu auch Kunigk, aaO., S. 95

Diese Betrachtungsweise konnte auch einer verfassungsgerichtlichen Nachprüfung standhalten¹⁾.

Ganz so einfach, wie Barbara Hirsch ihr "Consortium" kennzeichnet, geht es jedenfalls nicht: "sex, services and society"²⁾ oder "company, cooperation, affection and aid"³⁾.

Vielmehr soll der Sinn einer Definition des Erscheinungsbildes vom Zusammenleben darin liegen, für den Fall, daß Rechtsfolgen aus dem Zusammenleben abgeleitet werden können, festzustellen, wann sich eine Partnerbeziehung derartig abgegrenzt und stabilisiert hat, daß sie einen eigenen "body of law"⁴⁾ gewinnt⁵⁾. Darüber hinaus ist auch eindeutig festzulegen, wann das nichteheliche Zusammenleben Eigenschaften annimmt, die herkömmlicherweise anerkannten Rechtsinstituten entsprechen. Schließlich setzt nämlich die praktische Nutzbarkeit von rechtsfolgeanordnenden Normen voraus, daß eine tatbestandsmäßige Umschreibung die Kategorisierung erst ermöglicht.

Eine allzu schematische Einordnung birgt sicherlich Gefahren, da ein möglicherweise vorherrschender Typus der Partnerschaftsbeziehung nicht zu entdecken ist⁶⁾ - man denke nur an die weitgehende

1) BVerfGE 9, 20

2) aaO., S. 6

3) aaO., S. 7; vgl. auch Bradway, Divorce Litigation and the Welfare of the Family, 9 Vanderbilt Law Review 665 (1956), 674 zum consortium als Bezeichnung der gegenseitigen ehelichen Pflichten und Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1939, Fn. 13): "consortium includes companionship, affection, services, society and sexual satisfaction"; zum "consortium" vgl. Note, Consortium: A Survey of the Present Law, 19 Journal of Family Law 707 (1981)

4) vgl. Glendon, State, Law and Family, 78 und 93

5) s. dazu Grave, bei Landwehr aaO., 129

6) die Soziologie und die Demoskopie vermögen nur wenig beizutragen, soweit es um die Erfassung des nichtehelichen Zusammenlebens geht. Zu den Schwierigkeiten vgl. Benda, Demoskopie und Recht, JZ 1972, 497, bes. 498; und Sussman, 24 The Family Coordinator 563 (1975); folgerichtig insofern auch Schlüter, aaO., S.9, der aufgrund der "heterogenen Lebenssachverhalte" sich mit Rechtsfragen der "nichtehelichen Lebensgemeinschaften" befaßt - wie "fruit" und "fruits" oder "fish" und "fishes" als Stolpersteine der englischen Sprache

Differenz zwischen der "Studentenliebe" einerseits und der "Onkelehe" andererseits¹⁾ -, dennoch ergeben sich Kriterien, die es im Nachhinein annähernd sicher ermöglichen, die Existenz eines nichtehelichen Zusammenlebens anzunehmen.

Erster Ansatzpunkt ist wohl berechtigterweise das räumliche Zusammenleben von zwei Personen verschiedenen Geschlechts²⁾. Das vom Bundesverwaltungsgericht und vom Bundesverfassungsgericht³⁾ hinzugefügte Merkmal des gemeinsamen Wirtschaftens - "aus einem Topf" - erscheint angesichts der geänderten Rollenverteilung⁴⁾ in Partnerbeziehungen und vor allem auch in der Ehe als allein ausschlaggebendes Merkmal nicht mehr als zeitgemäß⁵⁾.

Ein weiteres Tatbestandsmerkmal dürfte die Intensität der Beziehung sein. Sie kann sich äußern in einer gemeinsamen Planung und Gestaltung der Lebensführung⁶⁾, gemeinsame, nicht auf einer Entgeltvereinbarung beruhende und gegenseitig vorteilhafte Arbeitsleistung⁷⁾, die gemeinsame oder durch gemeinsame Absprachen vor-

1) vgl. Strätz, FamRZ 1980, 301 (302); ausführlich Baumann, aaO., S. 93

2) vgl. Graue, bei Landwehr aaO., 113: "Für die Lebensgemeinschaft ist in der Regel das gemeinsame Leben in derselben Wohnung charakteristisch und geradezu begriffsnotwendig"; ebenso Wingen, FamRZ 1981, 331 (332)

3) BVerwGE 15, 306; BVerwG NJW 1978, 388 = FamRZ 1977, 392; BVerfGE 9, 20

4) s. S. 109 ff.

5) vgl. Lipp, AcP 180 (1980), 537 (549); dazu sehr ausführlich Graue, ZfF 1978, 152 (153), der als Konsequenz aus seinen Ausführungen fordert, den Rechtsbegriff (!) "eheähnliche Gemeinschaft" bei nächster sich bietender Gelegenheit neu zu umschreiben

6) Knopp-Fichtner, Kommentar zum BSHG, § 122, Rdz. 2

7) vgl. AG Berlin-Lichterfelde, JR 1952, 244; Keene v. Keene, 371 P.2d 329 (1962)

genommene Schaffung von Spar- und Vermögensanlagen¹⁾ oder Immobilien²⁾, die gemeinsame Erstellung einer Einkommensteuererklärung³⁾ und vor allem die gewollte und von einem beiderseitigen verantwortlichen Bewußtsein getragene Zeugung und Erziehung von gemeinsamen Kindern⁴⁾.

Ein dritter Faktor schließlich ist die Stabilität der Beziehung. Sie drückt sich augenfällig in der Zeitdauer des Zusammenlebens aus. Zugegebenermaßen ist es schwer, eine Feststellung zu treffen, ab wann die Partner sich derartig verbinden, daß die Möglichkeit von Rechtsfolgen nicht abwegig erscheint⁵⁾. Solch eine Schwierigkeit ist jedoch nicht dem nichtehelichen Zusammenleben allein vorbehalten, es begegnet dem Juristen auch in anderen Zusammenhängen⁶⁾.

1) "Joint assets sometimes exceeding \$ 50 000": Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (391, Fn. 7); s.a. Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (263); OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (797)

2) s. Fn. 1 auf S. 12

3) Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (939)

4) Dies wird im amerikanischen Recht deutlich: so haben Susan und Leonard McCullon 3 Kinder (McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S. 2d 226 (1978) 227); Janet und Paul Cary 4 Kinder (In re Marriage of Cary, 109 Cal.Rptr. 862 (1973) 863) und ebenso Lucy und Ray Thornton (In re Estate of Thornton, 499 P.2d 864 (1972) sowie Joan und John S. (Joan S. v. John S. 498 A.2d 498 (1981) Aber wichtiger Faktor auch im französischen und schwedischen Recht, vgl. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 496

5) vgl. Battes, ZHR 1979, 385 (386); Note, 93 Harvard Law Review 430 (435, Fn. 37) und Note, 77 Michigan Law Review 252 (291, Fn. 216); Kritisch zum Dauerelement Gernhuber, FamRZ 1981, 721 (724, dort Fn. 26) ähnlich auch RGZ 138, 214 (218) zur common-law-marriage

6) eine ähnliche Problematik ergibt sich auch bei § 17, Abs. 2 EheG, da es auf das "Miteinanderleben als Ehegatten" ankommt (vgl. hierzu MünchKomm - Müller-Gindulis zu § 17 EheG, Rdz. 3; Ebenso stellt sich bei § 123, Abs. 2 und § 176, Abs. 1 HGB die Frage, ob die Gesellschaft vor Eintragung schon "ihre Geschäfte aufgenommen" hat

Auf ein gewisses Dauerelement kann auch nicht verzichtet werden¹⁾.
Fraglich ist nur, wie es zu bemessen ist.

Der amerikanische Bundesstaat New Hampshire verlangt ein Zusammenleben zumindest über 3 Jahre, um ein gesetzliches Erbrecht zu begründen²⁾. Eine solche - gesetzliche - Regelung ist jedoch ein Einzelfall.

-
- 1) Etwas vage Glendon, State, Law and Family, 1978; dies., FSchr. Ferid aaO., 493; zur Dauer der Beziehung in den von der amerikanischen Rechtsprechung entschiedenen Fällen vgl. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (102, Fn. 6) sowie Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (370, Fn. 49); Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (391, Fn. 7): "The length of cohabitation is commonly more than ten years." Dieses Erfordernis ist auch, wie die Rechtsgeschichte nachweist, in der Vergangenheit von Bedeutung gewesen, so für den römisch-rechtlichen Konkubinat (vgl. Becker, bei Landwehr aaO., 16) und die mittelalterliche kirchenrechtliche Auffassung (vgl. Namgalies, aaO., S. 12)

Viele betrachten die Rolle der 'Dauer' als ungeklärt (Schwab, bei Landwehr aaO., 62, Fn. 3; Graue, bei Landwehr aaO., 107); andere wiederum als ganz wesentlich, so Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 2 mwN; von Münch, bei Landwehr aaO., 138; interessant ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des KG NJW 1979, 168, das die Dauer des Zusammenlebens zur Ehezeit hinzurechnet; a.A. Palandt-Diederichsen, § 1579, Anm. 2; Derleder, NJW 1980, 545 (548, Fn. 34) stellt fest, empirisches Material zur Dauer eheloser Gemeinschaften liege bisher kaum vor.

Der BGH NJW 1979, 2055, entschied, daß die Dauer von Bedeutung sei, um eine 'häusliche Gemeinschaft' im Sinne des § 247 StGB annehmen zu können.

s.a. Neuhaus, FamRZ 1982, 1 (3)

- 2) vgl. McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S. 2d 226 (229) und Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (103)

Ähnlich ein dänischer Gesetzentwurf, der ebenfalls eine Dauer von 3 Jahren verlangt (vgl. Graue, bei Landwehr aaO., 127); eine Dauer von 5 Jahren setzt der Family Law Reform Act von Ontario von 1978 voraus (vgl. Müller=Freienfels, Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, ZEE 1980, 55 (60))

Es liegt daher nahe, eine Parallele zum Eherecht zu ziehen.

So bestimmt § 1579, Abs. 1, Nr. 1 BGB, daß ein Unterhaltsanspruch des berechtigten Ehegatten nach Scheidung gegen den anderen nicht besteht, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre, weil die Ehe von kurzer Dauer war.

Das amerikanische Recht kennt eine ähnliche Regelung hinsichtlich der sogenannten "marriage of short duration"¹⁾ oder "short time marriage"²⁾, die das Entstehen eines Unterhaltsanspruches als unbillig betrachtet.

Welche Dauer eine Anwendung des § 1579, Abs. 1, Nr. 1 BGB ermöglicht, ist in Rechtsprechung und Literatur weitgehend umstritten³⁾. Es ist ratsam, unter Anwendung weiterer Billigkeits-erwägungen, zu denen teilweise auch die Zusammenrechnung von vorehelichen und Ehezeiten gehören⁴⁾, der besonderen Gestaltung des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

1) vgl. Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976) 114

2) Glendon, FSchr. Ferid aaO., 493

3) vgl. Palandt-Diederichsen, § 1579, Anm. 2a; MünchKomm-Richter, zu § 1579, Rdz. 9; insbesondere Parche, Aus der neueren Rechtsprechung zum Ehe- und Familienrecht, NJW 1979, 139 (140) mwN sowie sehr ausführlich Klauser, Aus der Rechtsprechung in Familiensachen, MDR 1979, 896 (898) mwN; zum amerikanischen Recht vgl. die Rezension von Jayne, FamRZ 1980, 1070, zu Kalz/Inker, Fathers, Husbands and Lovers; danach soll die "Kurzehe" bis zu 6 Jahren währen können.

4) so KG NJW 1979, 168; der KG-Entscheidung entspricht das Urteil Latimer v. Fields, The Boston Evening Globe, 30. Juni 1977, 2 bei Glendon, FSchr. Ferid aaO., 498; Klauser, MDR 1979, 896 (898), der wohl das OLG Karlsruhe falsch verstanden hat (vgl. dort Fn. 41)

a.A. OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 505 (506); OLG Karlsruhe FamRZ 1979, 507; OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 342 (343); OLG Hamm, FamRZ 1979, 38 (39) und Palandt-Diederichsen, § 1579, Anm. 2a; ebenso MünchKomm-Richter, zu § 1579, Rdz. 9

Die Spannbreite in der Rechtsprechung erstreckt sich von einer Dauer von 3 Jahren¹⁾ bis zu 4 1/2 Jahren²⁾.

Ihre Bestimmung ist in Literatur und Rechtsprechung noch klärungsbedürftig, für die herrschende Auffassung ist erheblich die Zeit zwischen Eheschließung und Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens³⁾ und nicht die Zeit des tatsächlichen Zusammenlebens.

Es liegt nahe, die zu § 1579, Abs. 1, Nr. 1 BGB angestellten Erwägungen⁴⁾, einen Unterhaltsanspruch nur dann als "billig" anzusehen, wenn sich die Partnerbeziehung - wie es in der Dauer zum Ausdruck kommt - hinreichend intensiviert hat, auch für das nichteheliche Zusammenleben zugrunde zu legen.

-
- 1) OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 705; Klauser, MDR 1979, 896 (898); 3 Jahre und 3 Monate OLG Hamm, FamRZ 1979, 38 (39)
 - 2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 342, Die Literatur schlägt 5 Jahre vor: vgl. Klauser, MDR 1979, 896 (898); Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (263), Kurze Dauer wurde angenommen bei: 16 Monate OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1009; 3 1/2 Jahre OLG Hamburg, FamRZ 1981, 54; 3 Jahre OLG Bamberg, FamRZ 1981, 160; 2 Jahre 5 Monate OLG Hamburg, FamRZ 1981, 160; der BGH, FamRZ 1981, 140 bezeichnet 2 Jahre als kurze, 43 Monate als nicht mehr kurze Ehedauer; nicht von "kurzer Dauer" ebenfalls nach 39 Monaten, so BGH FamRZ 1982, 29, "im Regelfall" nicht mehr bei drei Jahren, BGH FamRZ 1982, 254
 - 3) OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 342; OLG Hamm, (3. Familiensenat) FamRZ 1979, 292; OLG Koblenz, FamRZ 1979, 703; OLG Celle, FamRZ 1979, 709; OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 705 und 707; OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 1009; OLG Hamburg, FamRZ 1981, 54; BGH FamRZ 1981, 140; OLG Bamberg, FamRZ 1981, 160; OLG Hamburg, FamRZ 1981, 160; Palandt-Heinrichs, aaO., und MünchKomm-Richter, zu § 1579, Rdz. 9
a.A. KG NJW 1979, 168 und OLG Hamm (4. Familiensenat) FamRZ 1979, 38
 - 4) zur Motivation des Gesetzgebers vgl. KG NJW 1979, 168; der KG-Entscheidung entspricht das Urteil Latimer v. Fields, Nachweis bei Glendon, FSchr. Ferid aaO., S. 498

In diesem Sinne schlägt auch Mary Ann Glendon¹⁾ vor, "short term cohabitation should probably not give rise to rights any more than does short term marriage"²⁾.

Während im deutschen Recht weitergehende Erkenntnisse fehlen, wann das Zusammenleben hinreichend dauerhaft war, werden im amerikanischen Recht Zeiten von 30 Tagen als Minimum³⁾ bis zu 5 Jahren⁴⁾ genannt. Nach einer Literaturauffassung⁵⁾, die etwas verfälscht ihren Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat⁶⁾, soll eine Dauer der Beziehung von mehr als einem Jahr die Vermutung begründen, daß ein Wille zur wirtschaftlichen Auseinandersetzung im Falle der Beendigung der Beziehung vorhanden ist.

Nicht zu verkennen ist, besonders angesichts der letzten Erwägungen, die Gefahr, die tatbestandliche Umschreibung mit der Rechtsfolgendiskussion zu verweben⁷⁾. Daß das Dauerelement aber eine Tatbestandsvoraussetzung sein kann, die hinreichend deutlich von den Folgen abgrenzbar ist, zeigt auch die Vorschrift des § 17, Abs. 2 EheG. Auch hier wird ein Zeitraum von 3 bis 5 Jahren gesetzlich festgeschrieben⁸⁾, um trotz einer nichtigen Ehe die

1) Glendon, FSchr. Ferid aaO., S. 509

2) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 114

3) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (371, Fn. 56)

4) Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (263)

5) Note, Property Rights Upon Termination of Unmarried Cohabitation, 90 Harvard Law Review 1708 (1977), 1719, Fn. 73

6) Justice Mattina in McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S. 2d 226 (1978), 229 liest daraus einen Gesetzesvorschlag, der eine Zeitdauer von mehr als 3 Jahren voraussetzt

7) vgl. den von Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 452, angesprochenen "hermeneutischen Zirkel".

8) dazu MünchKomm Müller-Gindulis, zu § 17 EheG, Rdz. 3

Heilung zu ermöglichen und Ehwirkungen herbeizuführen. Es wäre denkbar, daß diese Vorschrift, die bislang in der Diskussion um das nichteheliche Zusammenleben - im Gegensatz zum amerikanischen Recht - ebensowenig Beachtung gefunden hat wie der § 26 EheG, Anregungen für die weitere Behandlung zu vermitteln vermag.

Das Bundesverfassungsgericht¹⁾ kennt neben der eheähnlichen Gemeinschaft nur Haushaltsgemeinschaften von Geschwistern und von befreundeten Personen gleichen Geschlechts. Sind nicht auch andere Bündnisse denkbar²⁾?

Im Sozialrecht behandelt der Gesetzgeber (§ 122 BSHG) die Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft anders als sonstige Partner einer Haushaltsgemeinschaft³⁾.

Die oben aufgestellten Kriterien sind jedenfalls auf die Gemeinschaft, die wir als nichteheliches Zusammenleben verstehen, nicht beschränkt, sondern auch in anderen Zusammenschlüssen von mehreren Personen erfüllt. Es muß also noch ein weiteres Moment der Kennzeichnung hinzukommen, ohne damit auch sagen zu wollen, daß eine tatsächliche Unterscheidung von anderen Haushaltsgemeinschaften notwendigerweise auch eine rechtliche Differenzierung in sich birgt.

Fichtner⁴⁾ beschreibt in aller Vorsicht dieses Moment so, daß die Partner auch außerhalb der wirtschaftlichen Sphäre ihre Lebensführung gemeinsam planen und gestalten und ihre enge Gemeinschaft durch das Miteinanderlebenwollen motivieren.

1) BVerfGE 9, 20 (32); dazu auch Grave, ZfF 1978, 152

2) diesen Konflikt deuten an Battes, ZHR 1979, 385 (394), Strätz, FamRZ 1980, 301 (303), sowie Justice Linde in seiner dissenting opinion bei Beal v. Beal, 557 P.2d 507 (1978), 512 und Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (400)

3) Rüfner, bei Landwehr aaO., 86; s.a. Schwab, bei Landwehr aaO., 62

4) Die eheähnliche Gemeinschaft, ZfF 64, 3

Die Vorsicht ist am Platze. Schwer vorstellbar ist es, die Liebe (vor allem die vergangene) als Thema eines Beweisbeschlusses im Rahmen einer Rechtsstreitigkeit zwischen den ehemals Zusammenlebenden zu sehen.

Dennoch ist ein gewisses Maß an affektiver Bindung¹⁾ zur Erfassung des nichtehelichen Zusammenlebens unerlässlich²⁾.

Der Sinn der Beziehung darf sich also nicht auf den wirtschaftlichen Bereich beschränken, sondern muß über ihn hinaus auch im emotionalen Bereich liegen³⁾. Der Begriff von der "natürlichen Ehe ohne Trauschein"⁴⁾ wird damit plastischer, wenn man bedenkt, daß ein wesentlicher Bestandteil der Auffassung des Gesetzgebers von der Ehe die eheliche Lebensgemeinschaft ist, die von dem Gefühl gegenseitiger Zuneigung getragen sein soll⁵⁾. Die Bezeich-

1) vgl. auch Strätz, FamRZ 1980, 301 (303): "communio toris mensae ac habitationis"

2) Etwas grotesk aber bei Hirsch, aaO., S. 96, die einen insgesamt 14-seitigen Vertragsentwurf vorlegt, dessen Präambel mit der inhaltsschweren Feststellung beginnt: "Consort I and Consort II love each other"

Diese Frage wurde zum Beispiel im Fall Hinkle v. McColm, 575 P.2d 711 (1978), 712 untersucht. Das Gericht stellte fest, daß das Verhältnis wohl auf anderen Umständen begründet war als einer tiefen emotionalen Verbindung.

3) so zuletzt Lipp, AcP 180 (1980), 537 (549), anders Derleder, NJW 1980, 545 (546)

4) vgl. Grave, ZfF 1978, 152

5) vgl. Diederichsen, Die allgemeinen Ehewirkungen nach dem 1. EheRG und Ehevereinbarungen, NJW 1977, 217 (218); Palandt-Diederichsen, § 1353, Anm. 2 b aa); MünchKomm-Wacke, zu § 1353, Rdz. 21;

Auch Bradway, 9 Vanderbilt Law Review 665 (674): "companionship and conjugal affection"

nung 'volle personale Lebensgemeinschaft', die Strätz gebraucht¹⁾, erscheint, ohne wie er die geschlechtliche Gemeinschaft einbeziehen zu wollen, geeignet und sachgerecht, diesen Aspekt der Beziehung zu umschreiben.

Zusammenfassend gelten demnach folgende Typusmerkmale²⁾ für die Kennzeichnung des nichtehelichen Zusammenlebens, so wie es in dieser Arbeit verstanden wird:

1. räumliches Zusammenleben (wie es schon im Begriff Kohabitation zum Ausdruck kommt)
2. von einer gewissen Intensität (die in einzelnen - nicht notwendig kumulativen - Merkmalen ihren Ausdruck findet)
3. und Stabilität (vor allem gekennzeichnet durch eine nicht unerhebliche Dauer des Zusammenlebens)

1) FamRZ 1980, 301 (303)

- 2) nach Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 256 liegt in dieser Bestimmung der Typusmerkmale der erste Schritt zum "Syllogismus der Rechtsfolgebestimmung"; zur Typuslehre in diesem Zusammenhang sei verwiesen auf ebda., S. 443 ff.; Lipp, AcP 180 (1980), 537 (544) spricht von "System tragenden Koordinaten" des Tatbestandes der eheähnlichen Gemeinschaft; Bosch, FamRZ 1980, 849 (852) vom "Tatbestand sui generis"

Wenn auch H.P. Westermann in seiner Typenlehre zum gesetzlichen Typus von Rechtsverhältnissen tendiert und ihn aus der Zusammenschau der rechtlichen Konsequenzen des jeweiligen Normenkomplexes erfaßt, sind die hier als "Typusmerkmale" genannten Punkte mehr als "Begriffe" und anders als "Struktur": Bringen sie doch, in Übereinstimmung auch mit Westermann, "in einer gegenüber einem klassifikatorischen Begriff vergleichsweise konkreten Art ein Sinn Ganzes, d.h. die Zusammenfassung mehrerer charakteristischer Verhältnisse zum Ausdruck." Vgl. H.P. Westermann, Vertragsfreiheit S. 98 u. 100 ff.

Dies hat zur denkmäßigen Voraussetzung, daß das nichteheliche Zusammenleben durchaus schon als eigenständiger Typus angenommen wird.

Westermann würde hier jedoch wahrscheinlich eher zur Umschreibung als "Lebenstypus" (aaO., S. 112) neigen. Für ihn ist die Typuslehre insgesamt wohl mehr Gegenstand der Rechtsfolgediskussion

4. das seinen Sinn nicht ausschließlich in wirtschaftlichen, sondern auch emotionalen Beziehungen der Partner findet¹⁾.

Mit dieser Umschreibung ist das nichteheliche Zusammenleben erkennbar - auf diesen Punkt kommt es in der Praxis²⁾ wesentlich an - herausgehoben aus den vielfältigen Möglichkeiten der Mehr-Personen-Beziehung. Dennoch darf es, um eine hinreichende Abgrenzung auch insoweit zu gewährleisten, keiner der herkömmlichen oder unvollkommenen Formen der uns vertrauten Rechtsinstitute entsprechen, die üblicherweise Zweier-Beziehungen regeln: Verlobung, Ehe, fehlerhafte Ehe=putativ-marriage und common-law-marriage. Dies ist vor allem im amerikanischen Recht von sehr großer Bedeutung.

Das Verlöbnis, im amerikanischen Recht bei weitem nicht so etabliert wie im deutschen und dort allenfalls durch prenuptial agreements oder contracts to marry ersetzt, ist zu verstehen als Vertrag, durch den sich zwei Personen verschiedenen Geschlechts gegenseitig versprechen, künftig die Ehe miteinander einzugehen, sowie das dadurch begründete familienrechtliche Verhältnis³⁾.

1) vgl. dazu Hinkle v. McColm, 575 P.2d 711 (1978), 712 = 89 Wash. 2d 769: "That inasmuch as the relationship was never intended to have any stability, permanency, nor was there any love and affection, that the property should be awarded to the person in whom the title exists."

2) Dem Verfasser fielen als praktizierendem Anwalt zwei Dinge auf: zum einen, daß selbst die FamRZ inzwischen einen Topos "Nicht-eheliche Lebensgemeinschaft" im Inhaltsverzeichnis eingeführt hat, zum anderen aber ganz besonders, daß gerade die Familiengerichte die Tatbestandsdiskussion dankbar aufnehmen, dorthin die Auseinandersetzung verlagern, um dann zum Beispiel bei der Anwendung des § 1579, Abs. 1, Nr. 4 BGB Zugriff auf obergerichtliche Urteile auf der Rechtsfolgenseite zu nehmen.

3) Palandt-Diederichsen, Einf. v. § 1297, Anm. 1; MünchKomm-Wacker, zu § 1297, Rdz. 3 und 4 mwN

An einer so verstandenen Perspektive mangelt es jedoch bei nicht-ehelich Zusammenlebenden, sei es, daß man sich nicht binden will, sei es, daß man es aus Gründen tatsächlicher oder rechtlicher Art nicht kann.

Ebenso klar ist die Abgrenzung zur Ehe: Gleichmaßen im deutschen wie im amerikanischen Recht kann von einer Ehe oder legal marriage nur bei Einhaltung bestimmter formeller Vorschriften gesprochen werden, wie sie in § 11 EheG¹⁾ oder z. B. in § 4100 des California Civil Code²⁾ zum Ausdruck kommen. Ob darüber hinaus eine Vereinbarung zwischen den Partnern über die grundsätzliche Unauflöslichkeit der Lebensgemeinschaft als Abgrenzung dienen kann³⁾, soll hier offenbleiben.

Damit umfaßt das nichteheliche Zusammenleben in dem hier verstandenen Sinne auch nicht die unvollkommene Ehe, bei der es zwar zu einem Eheschluß kam, die aber dennoch unvollkommen ist, weil der Eheschluß gegen zwingende formelle oder materielle Vorschriften verstößt: so die "hinkende Ehe"⁴⁾, wenn anstelle der Ziviltrauung lediglich eine kirchliche Trauung vorgenommen wurde und diese nach dem Recht des Forumstaates eine Ziviltrauung nicht zu ersetzen vermag⁵⁾, oder die aus anderen Gründen fehlerhafte Ehe, in Entsprechung der §§ 18, 20 und 21 EheG, selbst wenn beide oder zumindest ein Partner von der Nichtigkeit des Eheschlusses nichts wissen.

1) von Münch, I., bei Landwehr aaO., 140 mwN

2) Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1939)

3) Zuck, Die eigenständige Bedeutung des Art. 6, I GG gegenüber Reformgesetzen, FamRZ 1979, 873 (874, Fn. 13); von Münch, I., bei Landwehr aaO., 140; Rüfner, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht, SchlHA 1979, 65 (66)

4) vgl. hierzu BSG FamRZ 1978, 587 und BSG FamRZ 1978, 240; zum ersten Urteil vgl. MünchKomm Müller-Gindulis zu § 15a EheG, Rdz. 7 ff.
s.a. ebda., § 11 EheG, Rdz. 16

5) s. dazu Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 508; zur kirchlichen ohne staatliche Trauung s. Glendon, State, Law and Family, S. 6

Bezüglich der Rechtsfolgen dieses unvollkommenen Eheschlusses wird hinsichtlich des deutschen Rechts auf den § 26 EheG verwiesen. Hiernach bestimmen sich die vermögensrechtlichen Folgen der Nichtigkeit einer Ehe nach den Vorschriften über die Folgen der Scheidung. Gemäß § 26, Abs. 2 EheG besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, diese Folgen für die Zukunft auszuschließen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf das nichteheliche Zusammenleben wurde bislang nicht in Erwägung gezogen.

Etwas anders sind die Verhältnisse in den USA¹⁾. Zwar wird auch hier - ähnlich wie im deutschen Recht - die Unterscheidung zwischen Nicht-Ehen, nichtigen Ehen (void marriage)²⁾ und aufheb-
baren Ehen (voidable marriage) getroffen, entscheidend kommt es jedoch hier auf den guten Glauben der Partner an, ob sie im Rahmen einer gültigen Ehe leben³⁾.

Diese sogenannten "putative spouses" sind seit Inkrafttreten des "Uniform Marriage and Divorce Act" von 1970⁴⁾, der eine weitgehende

-
- 1) zum ersten Mal wird jedoch eine Verbindung geknüpft zwischen § 26 EheG und der putative-spouse-doctrine 65 Giesen, ZVglRWiss 79 (1980) 169 (174)
 - 2) als Beispiel s. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (671):
"Marriages contracted in violation of the Acts (Uniform Marriage and Divorce Act) age requirements are valid until decreed null, and the conditions under which nullity can be decreed are limited."
 - 3) vgl. hierzu auch die Regelung des § 26, Abs. 2 und 3 EheG; hier kann der gute Glaube genau entgegengesetzte Wirkungen auslösen
 - 4) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Marriage and Divorce Act (mit Ergänzungen von 1971 und 1973); im folgenden UMDA - bis jetzt geltendes Recht in Arizona, Colorado, Illinois, Kentucky, Montana, vgl. Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (173, Fn. 30 mN)

Regelung des Ehe- und Familienrechts enthält¹⁾, als weitere Form des Zusammenlebens neben der Ehe anerkannt und in ihren rechtlichen Wirkungen dieser umfassend gleichgestellt²⁾.

Alle acht amerikanischen community-property-Staaten haben - unabhängig vom UMDA - Regelungen getroffen, die einen Schutz für die Partner einer solchen Putativ-Beziehung gewährleisten³⁾.

So bestimmt zum Beispiel § 4452 des California Civil Code⁴⁾:

"Whenever a determination is made that a marriage is void or voidable and the court finds that either party or both parties believed in good faith that the marriage was valid, the court shall declare such party or parties to have the status of a putative spouse, and shall divide, in accordance with section 4800, that property acquired during the union which would have been community-property, or quasi-community property if the union had not been void or voidable. Such property

1) darüber hinaus zum Kindschaftsrecht auch der Uniform Parentage Act

Sämtliche Uniform Laws zum Ehe- und Familienrecht sind zu finden in 9 Uniform Laws Annotated (West 1973 und Supp. 1975)

2) vgl. § 209 UMDA und Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1940); zu den "Putativ-Ehen" s.a. Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 511

3) ausführlich zur "putative-spouses-doctrine" vgl. Kay-Amyx, aaO., 940-954 und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (173). Falsch ist insofern, daß Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (60), den Begriff "putative spouse", wie er im Family Relationship Act Südaustraliens von 1975 verwandt wird, dem nichtehelichen Zusammenleben quasi gleichgesetzt; s.a. Grave, bei Landwehr aaO., 105, Fn. 24

4) § 4455 des Civil Code enthält die entsprechende Regelung bezüglich des Unterhaltsanspruchs der Partner einer solchen Beziehung

shall be termed "quasi-marital property". If the division of property is in issue and the court expressly reserves jurisdiction, it may make the property division at a time subsequent to the judgement"¹⁾.

Die Regelungen für die putative spouses sind, obwohl die Partner einer solchen Beziehung von der Betrachtung ausdrücklich hier ausgeklammert werden, im folgenden von großer Bedeutung. Wie noch darzustellen sein wird²⁾, werden diese Regeln zum Teil im amerikanischen Recht verwandt, um das nichteheliche Zusammenleben rechtlich zu erfassen.

Ebenso ist es in diesem Rahmen unerlässlich, auf eine weitere Besonderheit einzugehen, die das amerikanische Recht - im Übrigen damit nicht allein in der Welt³⁾ - für die Einordnung einer Zwei-Personen-Beziehung bietet: die sogenannte "common law marriage".

- 1) zur gesetzgeberischen Intention dieser Vorschrift und ihrer Auslegung vgl. Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (949 f.)
- 2) s. S. 123
- 3) s. die südamerikanische "matrimonio de hecho" (Grave, bei Landwehr aaO., 106, Fn. 510; Battes, ZHR 1979, 385 (388); Hoffmann, Beendigung der ehelichen Gemeinschaft und Konkubinat in Brasilien: eine rechtsvergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung des französischen Rechts, Diss., 1979; McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978) 229; Glendon, State, Law and Family, S. 21, Fn. 14; Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (103);

s. die "faktische Sowjetehe" (BayObLG, FamRZ 1977, 395 (396); Geilke, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Sowjetunion, bei Landwehr aaO., 133 ff.; Bilinsky, Das sowjetische Eherecht, FamRZ 1960, 1 ff.; Siemens, aaO., S. 120)

eventuell auch die japanischen Naien-Verbindungen (vgl. Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (62 f.))

zu allem Henrich, FSchr. Beitzke, 507 ff.

Sie ist eine eigene Form der Ehe, wie diese nur durch eine ordnungsgemäße Scheidung zu trennen¹⁾ und hält unter Anwendung des Grundsatzes vom "ordre public" einer gerichtlichen Nachprüfung in der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 30 EGBGB stand²⁾.

Die Common law marriage ist als gesetzmäßige Verbindung von Mann und Frau gekennzeichnet "by declaration, intention and conduct"³⁾.

Sie entspricht der Eheschließung des alten kanonischen Rechts, die lediglich durch den Konsens (consensus non concubitus facit matrimonium) der Verlobten zustande kommt⁴⁾. Voraussetzung ist darüber hinaus, daß die Partner sich nach außen als Eheleute ausgegeben haben⁵⁾.

Zum Teil wird dieses Institut - vor allem von der Literatur⁶⁾ - scharf angegriffen, so sei es "eine Bedrohung des öffentlichen Lebens"⁷⁾ oder eine Ursache "für viele Fälle richterlicher

1) Hirsch, aaO., S. 3; Glendon, FSchr. Ferid aaO., 493; Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (393); Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (134, Fn. 122)

2) vgl. RGZ 138, 214 (217); Graue, bei Landwehr aaO., 130, Fn. 96 und 97; Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 513; diés gilt auch für die faktische Sowjetehe, s. RG JW 1931, 1334
zur Rolle des 'ordre public' in diesem Zusammenhang vgl. Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 262: "im internationalen persönlichen Eherecht bildet denn auch der ordre public ein Hauptgebiet für die Entwicklung richtungsgebender Prinzipien"
auch Bergmann-Ferid, aaO., S. 49: "A marriage good where contracted is good everywhere."

3) Hirsch, aaO., S. 3; Definition auch bei Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (360, Fn. 7); Bergmann-Ferid, aaO., S. 23, Fn.3; Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1710, Fn. 22); ausf. zur "common-law-marriage", Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (172)

4) Bergmann-Ferid, aaO., S. 23; vgl. auch Schwab, FamRZ 1981, 1151 (1152)

5) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1710, Fn. 22)

6) vgl. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (133, 134)

7) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 260, Fn. 2 mit weiteren Ausführungen sowie Schlüter, aaO., S. 20

Kopfschmerzen" ¹⁾).

Von einigen Stimmen totgesagt ²⁾, erlebte die common-law-marriage, die aller Wahrscheinlichkeit nach im jütländischen 'handfasting' ihren Ursprung hat ³⁾, auf der Gouverneurskonferenz 1975 in Florida, als ihre allgemeine Wiedereinführung gefordert wurde ⁴⁾, und im Zusammenhang mit der Diskussion um das nichteheliche Zusammenleben eine unerwartete und jähe Renaissance.

Ihre Regelungen, die die Partner in vermögens- und unterhaltsrechtlicher Hinsicht als Ehepartner auffassen, gelten heute noch in 18 amerikanischen Bundesstaaten ⁵⁾.

1) Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (394); s.a. Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (172)

2) s. Bergmann-Ferid, aaO., S. 24;
"The number of jurisdictions which recognize common law marriage, has significantly declined since the nineteenth century"
Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1711, Fn. 33 mwN)

3) vgl. Becker, die nichteheliche Lebensgemeinschaft (Konkubinats) in der Rechtsgeschichte, bei Landwehr aaO., 13 (27)

4) vgl. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (102, Fn. 5)

5) Alabama, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Michigan, Mississippi, Montana, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, South Dakota, Texas: Hirsch, aaO., S. 4; die Zahlen differieren allerdings, Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (681) nennt 13 Staaten und den District of Columbia

In Californien wurde die common law marriage 1895 abgeschafft (Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (939, Fn. 7); Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1710, Fn. 22)

Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 122, Fn. 24; Druckfehler wohl bei Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (360, Fn. 7)
= 1859

In New Jersey sind bis zum 1.12.1939 geschlossene common-law-marriages noch heute wirksam (vgl. Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913 (1978), 915)

Eindeutige Ablehnung erneut bei Joan S. von John S. 427 A.2d 498 (1981)

Es ist sorgsam zu prüfen, ob das Recht der common-law-marriage auch für das nichteheliche Zusammenleben, selbst in den Staaten, in denen die Doktrin nicht gilt, Anwendung finden kann, obwohl sich die Partnerschaftsbeziehungen recht eindeutig unterscheiden ¹⁾.

1) vgl. Cantor, Escape from Marriage, S. 17/18

"The common law marriage ist to be sharply distinguished from a nonmarital cohabitation. The difference is that the common law marriage exists only when the couple has assumed the marital relationship, when they in fact mutually agree that they are married. It is not enough for them to agree to marriage in the future; they must consider the marriage relationship presently existent"

5. Kapitel: Anreize und Zwänge zum nichtehelichen Zusammenleben

Mit dem bereits oben erwähnten "Rentenkonkubinat" ist schon einer der Gründe angesprochen, die indirekt oder direkt eine Förderung oder bisweilen auch einen ökonomischen Zwang bewirken, das nichteheliche Zusammenleben der staatlich sanktionierten Ehe vorzuziehen.

Rüfner¹⁾ bezeichnet die Witwenrente als den heute noch stärksten Anreiz zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Zwar ist der Gesetzgeber bestrebt, den Anreiz zum Konkubinat so gering wie möglich zu halten²⁾. Dies ist ihm aber weder auf diesem noch auf anderen Gebieten überzeugend gelungen.

War es nach altem Recht so, daß die wieder heiratende Witwe ihren Rentenanspruch völlig verlor, so wurde diese Rechtsfolge abgemildert insofern, als sie sich nunmehr aus der gesetzlichen Rentenversicherung abfinden lassen kann und bei erneuter Trennung der Ehe ein Rentenanspruch wieder auflebt. Diese Regelung ist jedoch insofern unvollkommen, als zum einen der Rentenanspruch nicht notwendig ungeschmälert wieder auflebt, zum anderen eine mehrmalige Wiederheirat den Rentenanspruch völlig verfallen läßt³⁾.

1) Rüfner, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht, SchlHA 1979, 65 (67)

2) Rüfner, bei Landwehr aaO., 84/85

3) vgl. §§ 590, Abs. 1, 615 und 1291 RVO, 68, 81 AVG, 44, Abs. 1 BVG Erläuterungen dazu bei Rüfner, aaO., S. 92; s.a. die Fälle OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (797); OLG Hamburg, FamRZ 1958, 61; BSGE 25, 93; ausf. auch Strätz, FamRZ 1980, 301 (302); BGHZ 35, 103; diese Regelung ist verfassungsgemäß, vgl. zuletzt das grundlegende Urteil des BVerfG, FamRZ 1980, 1093 ff.

Die gleichen Überlegungen müssen Partner in den USA anstellen, bevor sie ihre Beziehung auf ein - möglicherweise eheliches - Fundament stellen¹⁾.

Aber auch jüngeren Partnern können aus einer ehelichen Beziehung, auch von Gesetzes wegen, Nachteile entstehen, die sich oft in harter Münze messen lassen: so Verlust des BAföG, weil der Partner genügend Einkommen hat²⁾, oder der Wohnberechtigung in einer Werkswohnung, die an eine Wiederverheiratungsklausel gebunden ist³⁾, sowie des Unterhaltsanspruches, von § 1579 BGB abgesehen, gegen den geschiedenen Ehegatten⁴⁾. Dazu kommt in den USA noch eine z. T. massive steuerliche Begünstigung des nichtehelichen Zusammenlebens⁵⁾, während man bei uns wohl deutlich⁶⁾ vom Gegen-

- 1) vgl. Beckman v. Mayhew, 122 Cal.Rptr. 604 (606): "Their marriage would have caused plaintiff to lose a government pension of \$ 200 to \$ 230 a month". Ebenso mußte "lost of social security payments" befürchtet werden bei Beal v. Beal, 577 P.2d 507 (508, Fn. 2); s.a. Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (391, Fn. 7)
- 2) § 25 BAföG; s.a. Battes, ZHR 1979, 385 (392); Rübner, SchlHA 1979, 65 (67); ders., bei Landwehr aaO., 91; von Münch, E.M., Die ZEIT v. 23.11.1979, S. 74
- 3) Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (56)
- 4) vgl. § 1586, Abs. 1 BGB; beispielhaft in re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763; s.a. Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (265 mwN): "If the parties realize that alimony continues during unmarried cohabitation if the support need persists, while alimony is terminated upon remarriage regardless of need the parties would benefit from cohabiting and would be encouraged to do so rather than to marry."
- 5) Kay-Amx, 65 California Law Review 937 (966, Fn. 176); Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1714, Fn. 49); Beck, 17 Journal of Family Law 685 (691, Fn. 17)
- 6) insofern unverständlich, warum Meier=Scherling, DRiZ 1979, 296 (298) von der steuerrechtlichen Neutralität der nichtehelichen Gemeinschaft spricht, Koch, Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft als Thema der Ethik, bei Landwehr aaO., 39 (51) sogar von Vorteilen!

teil sprechen kann¹⁾; allerdings zeichnet sich diesbezüglich in Amerika der Wille des Gesetzgebers ab, hier eine Änderung herbeizuführen²⁾.

Eine weitere amerikanische Besonderheit dürfte darin liegen, daß verheirateten Partnern, im Gegensatz zu unverheiratet Zusammenlebenden, einige Typen von "property arrangements" nicht zur Verfügung stehen³⁾; auch dies ist der Attraktivität einer Eheschließung abträglich.

Ein erhebliches Maß erreichen auch die Fälle, in denen die Partner keine eheliche Verbindung eingehen, weil sie soziale oder ökonomische Folgen in der Zukunft befürchten, vor allem bei der Trennung. "Marriage, like trouble, is much easier to get into than out of"⁴⁾, dieses Zitat kennzeichnet die Vorstellung, die viele Partner hegen, wenn sie an die Ehe denken. Erhebliche finanzielle Folgen, abgesehen von dem Verlust an persönlicher Freiheit⁵⁾, sind mit der Heirat und vor allem der Scheidung verbunden.

1) vgl. zum Einkommensteuerrecht Kunigk, aaO., S. 42; Bartsch, Unterhaltspflichten nach Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft, JR 1979, 364 (366) und Piehl/Jäger, Deine Rechte als Lebenspartner, S. 9 mit Tabelle, die das Steuerrecht als eine "Ehefalle 1. Ordnung" bezeichnen

zum Erbschaftsteuerrecht s. Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (70); zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung vgl. Leibholz=Kinck, Grundgesetz, Art. 6, Rdz. 4

2) Glendon, State, Law and Family, S. 106, Fn. 7; dies., FSchr. Ferid aaO., 495

3) vgl. Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1713); und Coester=Waltjen, JZ 1976, 257 (258)

4) vgl. Cantor, Escape from Marriage, S. 13

5) vgl. Roth=Stielow, JR 1978, 233 (235); Rüfner, bei Landwehr aaO., 91; Kay=Amyx, 65 California Law Review 937 (970)

In der Bundesrepublik Deutschland hat nicht zuletzt die Reformgesetzgebung im Familienrecht möglicherweise dazu beigetragen, einen gewissen Abschreckungseffekt auszuüben¹⁾, da erhebliche Belastungen durch Versorgungsausgleich oder Unterhaltsansprüche, abgesehen von der güterrechtlichen Auseinandersetzung, auf den finanziell stärkeren Partner zukommen können²⁾.

In den USA ist es noch immer schwierig, einen erfolgreichen Scheidungsprozeß zu führen³⁾, wenn auch in vielen Bundesstaaten das Scheidungsrecht vereinfacht worden ist und zum Teil auch eine Abkehr vom Verschuldensprinzip begründet⁴⁾.

Unabhängig davon, ob man der Auffassung von Bartsch⁵⁾ folgen will, die Gründe für das nichteheliche Zusammenleben wandelten sich vom materiellen zum ideellen, läßt sich feststellen, daß auch ganz irrationale Erwägungen im Spiele sind, wenn zwei Partner eine Beziehung aufnehmen. Besonders deutlich wird dies im Fall Kozlowski v. Kozlowski⁶⁾, in dem die streitenden Parteien, die beide schon im reiferen Alter (er 48, sie 54 Jahre alt) sind, den Grund ihrer nichtehelichen Beziehung so erklären: "He responded to her marital

1) s. Fn. 4 auf S. 21; Zuck, FamRZ 1979, 873 (876); Zeuner, Schlußwort zu Landwehr aaO., 161; Braga, Reformgesetze und Zukunftsforschung, FSchr. Beitzke, 145 (149); etwas polemisch: Scheld, FamRZ 1979, 990 (991)

2) "Vermutung": Strätz, FamRZ 1980, 301 (302); ebenso Rein, FamRZ 1980, 961 (963)

3) vgl. dazu Johnston, Divorce, The Place of the Legal System in Dealing with Marital-Discord Cases, 31 Oregon Law Review 303 (1951/2); Parker, Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, S. 40

4) s. S. 58

5) Bartsch, JR 1979, 364

6) 395 A.2d 913 (1978), 915, 916

suggestions by declaring that a marriage license is only a piece of paper and that, 'it's what is in the heart that really counts'."

Oft besteht auch ein gewisses Maß an Skepsis gegenüber der Ehe¹⁾, sei es die Ablehnung von rechtlich und sozial begründeten äußeren Zwängen²⁾, sei es die bewußte Abkehr von gesellschaftlichen Normen mit der Vorstellung, durch das nichteheliche Zusammenleben eben diese Gesellschaft tagtäglich aufs neue herauszufordern.

Dies wird besonders im Bereich des amerikanischen Rechts deutlich, obwohl mit der zunehmenden sozialen Akzeptanz des Zusammenlebens die von den Partnern erwünschte Wirkung dieses Verhaltens immer mehr nachläßt³⁾.

Weitere Gründe lassen sich ableiten aus Eheverböten oder Ehehindernissen⁴⁾, wie zum Beispiel eine noch existierende - wenn auch faktisch getrennte⁵⁾ - Zweitehe⁶⁾, oder formellen Hürden, die eine

1) vgl. Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 7

2) Koch, bei Landwehr aaO., 51

3) vgl. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (687, Fn. 100): "Others simply wish to epater la bourgeoisie. Alas for them, bourgeoisie itself has started to practice cohabitation."; Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440

4) Glendon, ebda., S. 669 f. und 687; vgl. auch Kunigk, aaO., S. 36 ff.; im römischen und germanischen Recht entstand das Konkubinat oder die Kebsehe aus der Absicht der Partner, bestehende Eheverböte zu durchbrechen, vgl. Becker, bei Landwehr aaO., 15 und 20

5) vgl. Strätz, FamRZ 1980, 301 (302)

6) so war im Fall McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978) ein vorheriges Scheidungsverfahren noch nicht zum Abschluß gekommen; ein gleiches galt im Fall Marvin und bei Bridges v. Bridges, 270 P.2d 69 (1954)

Eheschließung zumindest erschweren¹⁾. Diesem letzten Gesichtspunkt wurde in den USA aber bereits durch den UMDA Rechnung getragen²⁾.

Schließlich gibt es noch die Fälle, in denen aus unerfindlichen Gründen eine Eheschließung zwar beabsichtigt war, aber nicht zustande gekommen ist³⁾ oder die Partner in Verfolgung des Prinzips vom "vorehelichen Suchen und Versuchen"⁴⁾ eine formlose 'Ehe auf Probe' eingegangen sind⁵⁾.

Die laxe Sexualmoral, die von einigen Autoren ins Feld geführt wird⁶⁾, einhergehend mit der Möglichkeit weitgehender Geburten-

1) "One of the reasons for reducing restraints on marriage and remarriage in the newer laws and liberalizing divorce laws is, that maintenance of the old laws, even if effective, would only increase the number of de facto unions" Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (685); vgl. auch Bradway, 9 Vanderbilt Law Review 665 (678 ff.) und Müller=Freienfels, Ehe und Recht, S. 260

Zu bedenken ist, daß in einigen Bundesstaaten der USA die Verwandtschaft 4. Grades unüberwindbares Ehehindernis darstellt; ein Verstoß macht die Ehe "void ab initio"; s. Parker, aaO., S. 39; in einigen Staaten besteht sogar ein Eheschließungsverbot nach Scheidung, s. Müller=Freienfels, Ehe und Recht, S. 346

2) Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (679)

3) LG Berlin, JR 1952, 243; AG Berlin-Lichterfelde, JR 1952, 244

4) vgl. Schickedanz, Anmerkung zum Urteil AG Emden NJW 1975, 1363 in NJW 1975, 1890 (1891); zu diesem Urteil auch Peters, NJW 1975, 1890 und zur Kritik an Schickedanz s. Händel, NJW 1976, 521, AG Schöneberg, NJW 1979, 2051 (2052)

5) dazu OLG Bamberg, FamRZ 1979, 593; s.a. Evans=von Krbek, JA 1979, 236; Kunigk, aaO., S. 144; Klauser, MDR 1979, 896 (897); Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (687); umfangreiche Darstellung der Motivationen bei Wingen, FamRZ 1981, 331 (332 u. 333), er sieht sogar die Probeehen als "dominierendes Modell" unter den nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften (334)

6) vgl. Beck, 17 Journal of Family Law 685 (698): "After the development and acceptance of the pill, one of society's rationales for limiting sex to marriage began to crumble".
s.a. Rüfner, bei Landwehr aaO., S. 91

kontrolle¹⁾, als auch die gewandelte Rolle der Frau im Arbeits-, Wirtschafts- und Familienleben²⁾ sind nicht als Gründe für die Zunahme des nichtehelichen Zusammenlebens zu verstehen, sie stellen aber einen gewichtigen Faktor bei der Erleichterung und Förderung solcher Beziehungen dar.

Zusammenfassend lassen sich bezüglich der Gründe für die Wahl eines nichtehelichen Zusammenlebens sieben Fallgruppen³⁾ bilden:

1. Vermeidung von ökonomischen Folgen im Augenblick des Eheschlusses (Beispiel: Rentenkonkubinate)
2. Vermeidung von ökonomischen Folgen aufgrund des Eheschlusses in der Zukunft (im Scheidungsfalle)
3. Verlust an persönlicher Freiheit durch rechtliche Bindung an die Familie und Schwierigkeiten des Scheidungsverfahrens
4. Skepsis oder Ablehnung gegenüber der Institution Ehe
5. Bestehen von Ehehindernissen, Eheverboten oder formellen Ehehemmnissen
6. Fehlen jeglicher Vorstellung
7. Ehe auf Probe

-
- 1) "'Muß-Ehen' muß es nicht geben" ist bezeichnenderweise der Titel einer Informationsschrift des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit über Empfängnisverhütung
 - 2) Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 8; s.a. Limbach, NJW 1980, 871 (874); Rüfner, bei Landwehr aaO., 96; Siemens, aaO., S. 122; Derleder, NJW 1980, 545 (546); etwas weltfremd Scheld, FamRZ 1979, 990 (991); Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (272); Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (112, Fn. 42); Justice Mattina bei McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 228; Hirsch, aaO., S. 1
 - 3) Finger, JZ 1981, 497 (499) nimmt eine typenmäßige Einordnung in drei Gruppen vor

6. Kapitel: Nutzen und Ziel einer rechtsvergleichenden
Untersuchung des Problems

Die bisherigen Ausführungen zeigten in weiten Teilen eine erstaunliche Parallelität der Problemstellungen und Gedankengänge im amerikanischen und deutschen Recht.

Bevor aber die Lösungswege bei der rechtlichen Bewältigung des nichtehelichen Zusammenlebens vergleichend untersucht werden sollen, stellt sich doch die Frage, ob eine solche Rechtsvergleichung möglich und sinnvoll ist.

Das amerikanische Recht unterscheidet sich, soweit es für diese Untersuchung bedeutsam ist, grundlegend vom deutschen Recht¹⁾. Dies wird nicht nur am Vorrang des case-law gegenüber dem statute-law deutlich, sondern auch besonders an der Unterscheidung zwischen common law und der - im Familienrecht vorherrschenden - equity. Darüber hinaus kennt das amerikanische Recht, wie schon aufgezeigt²⁾, Rechtsinstitute wie die common law marriage, die putative-spouses-doctrin oder das Recht der freien Namenswahl nach common law sowie ein breit aufgefächertes System des law of trusts³⁾, die im deutschen Recht, falls überhaupt, eine höchst unvollkommene Entsprechung erfahren.

Auch im Verfassungsrecht, soweit der Schutz von Ehe und Familie einerseits und der persönlichen Freiheit andererseits (?) betroffen sind, sind Unterschiede festzustellen⁴⁾.

1) vgl. Parker, aaO., S. 1 ff.; Blumenwitz, Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht, S. 2 ff.

2) s. o. S. 9 und 41

3) Blumenwitz, aaO., S. 13

4) vgl. nur Note, 77 Michigan Law Review 252 und u. S. 68

Über den Sinn einer Rechtsvergleichung trotz oder gerade wegen dieser Schwierigkeiten, vor allem hin Hinsicht auf das amerikanische Recht¹⁾, besteht weitgehende Einigkeit: es gilt, Entwicklungen gesellschaftlicher und sozialer Mechanismen festzustellen und sie zueinander in Beziehung zu setzen²⁾.

Dabei ist den besonderen Gestaltungen der Gesellschaftsordnung ebenso Rechnung zu tragen³⁾ wie in aller Vorsicht zu versuchen, rechtliche Herausforderungen und Antworten zu entdecken und - unter sorgfältiger Berücksichtigung der Eigenarten des jeweiligen Rechtskreises - zu überprüfen, welche gemeinsamen Lösungswege beschritten oder ob von mehreren konkurrierenden Lösungen eine als beispielhaft für die Fortbildung des Rechts im jeweils anderen System angesehen werden darf⁴⁾.

In dem so verstandenen Sinne erfüllt die Rechtsvergleichung als eines unter vielen Mitteln rechtswissenschaftlicher Erkenntnis⁵⁾ einen wesentlichen Zweck: der Blick über die Grenzen, besonders im Bereich des Familienrechts, ist oft geeignet, Sachargumente für den eigenen Rechtskreis zu liefern⁶⁾, das nationale Problem-

1) grundlegend dazu Großfeld, Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis Vereinigte Staaten von Amerika - Deutschland, RabelsZ 75, 5

2) wie dies schon in der statistischen und soziologischen Betrachtung zum Ausdruck kommt

s. Schulte, Familienrecht und Sozialrecht: Ihre Interdependenz aus rechtsvergleichender Sicht, FamRZ 1977, 106 (107)

s.a. Glendon, State, Law and Family, S. 18

"To understand a legal rule in any system, one must have some understanding of its social and economic background and its practical consequences in operation."

3) vgl. Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (7)

4) ebda.; bildhaft auch Graue, bei Landwehr aaO., 132 (unter Bezugnahme auf Robert Schumann)

5) Graue, aaO.

6) Behn, ZBlJugR 1980, 1 (4)

bewußtsein zu schärfen¹⁾ und zur überstaatlichen Harmonisierung im Bereich des materiellen Familienrechts beizutragen²⁾.

So bietet die Rechtsvergleichung den Zugang zu einem "Vorrat an Lösungen"³⁾, aus dem die besseren oder angemessenen Lösungen herauszufiltern sind⁴⁾.

Konsequenterweise muß sich hier die Frage anschließen, warum gerade das amerikanische Recht zum Bezugspunkt der Rechtsvergleichung in dieser Arbeit gemacht wurde.

Das nichteheliche Zusammenleben ist ein gesellschaftlicher Tatbestand mit ausdrücklicher rechtlicher Anerkennung oder wenigstens Beachtung in vielen Ländern der Welt: so in Israel⁵⁾, in Jugoslawien (Serbien)⁶⁾, in Dänemark und Schweden⁷⁾,

- 1) Schulte, FamRZ 1977, 106 (107); Glendon, State, Law and Family, S. 20 nennt es "wakening of thoughts"
- 2) Behn, aaO., Fn. 232; zu den Unterschieden im deutschen und amerikanischen Familienrecht s. Glendon, 23 American Journal of Comparative Law 1 (9, 10)
- 3) Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (9)
- 4) ebda., S. 11/20
- 5) s. dazu das israel. Erbgesetz von 1965, sec. 55, Text und Übersetzung bei Graue, bei Landwehr aaO., 126; diese Regelung verstößt nicht gegen den ordre public, vgl. BayObLG FamRZ 1977, 490 = NJW 1976, 2076; zu dieser Vorschrift s.a. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (103)
- 6) vgl. Finger, JZ 1981, 497 (498) mwN; Šarčević, Cohabitation Without Marriage: The Yugoslavian Experience, 29 American Journal of Comparative Law 315 (1981)
- 7) Evans=Krbek, JA 1979, 236; Landwehr, aaO., 1; Graue, bei Landwehr aaO., 98; Glendon, State, Law and Family, S. 19; dies., FSchr. Ferid aaO., 496; Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (103); Rüfner, SchlHA 1979, 65 (66); Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (61); zu Dänemark vgl. zuletzt "Ehen ohne Trauschein erschweren" in FAZ v. 5.2.1981, S. 8 und Agell, The Swedish Legislation on Marriage and Cohabitation: A Journey Without a Destination, 29 American Journal of Comparative Law 285 (1981)

in Frankreich¹⁾, in Österreich²⁾, der Schweiz³⁾, in England⁴⁾, Australien⁵⁾, Kanada⁶⁾, Japan⁷⁾, der Sowjetunion⁸⁾, in den Niederlanden⁹⁾, in den lateinamerikanischen Staaten¹⁰⁾ und in Äthiopien¹¹⁾.

Mithin ist festzustellen, daß die großen klassischen Rechtskreise, der kontinental-europäische, der anglo-amerikanische und der nordische¹²⁾, sich mit dem nichtehelichen Zusammenleben auseinandersetzen.

-
- 1) Ohlenburger=Bauer, aaO.; Namgalies, aaO.; Hoffmann, aaO.; Evans=von Krbek, JA 1979, 236; Graue, bei Landwehr aaO., 110 f. und 124; Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (58, bes. Fn. 17); Huet-Weiller, "L'union libre" (la cohabitation sans mariage), 29 American Journal of Comparative Law 247 (1981)
 - 2) Schneider, ÖJZ 1965, 174 ff.; Mell, FSchr. Demelius aaO., 155 ff.
 - 3) Klausner, MDR 1979, 896 (897); Graue, bei Landwehr aaO., 119; ausführlich Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (57 u. 65, Fn. 47)
 - 4) Becker, bei Landwehr aaO., 27; Graue, bei Landwehr aaO., 115; besonders zur englischen Rechtsprechung Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (57 u. 72)
 - 5) Graue, bei Landwehr aaO., 105, Fn. 24; Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (60)
 - 6) Müller=Freienfels, ebda.
 - 7) ebda., S. 62 ff.
 - 8) s. Fn. 3 auf S. 41
 - 9) Battes, ZHR 1979, 385 (388 mwN)
 - 10) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (103, Fn. 11); zu Bolivien s. Glendon, State, Law and Family, S. 21, Fn. 14; zu Brasilien s. Gessner-Samtleben, Vertragsehen in Brasilien, RabelsZ 1972, 700 ff.; s.a. Fn. 3 auf S. 41 und Battes, ZHR 1979, 385 (388); sehr ausführlich unter Anführung der gesetzlichen Regelungen in Bolivien, Guatemala, Panama Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 511
 - 11) Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 510, 511
 - 12) vgl. Rheinstein, Zur Einführung: Rechtsvergleichung, JuS 1972, 65 (67, 68)

Dennoch gibt es gute Gründe, das amerikanische Recht zum Gegenstand der Untersuchung zu machen.

So verlief die gesellschaftliche und soziale Entwicklung parallel zu der unsrigen, wie sich sowohl an der beiderseitigen Zunahme des nichtehelichen Zusammenlebens als auch den Ursachen dafür zeigt¹⁾.

Eine weitgehende kulturelle Assimilation²⁾, einhergehend mit einem Wandel des Familienbildes³⁾, ist feststellbar.

Daraus entsteht auch der Reiz, zu untersuchen, ob wirklich, wie Mary Ann Glendon feststellt⁴⁾, eine "ganz bemerkenswerte Übereinstimmung von einzelnen gesetzlichen Entwicklungen besteht, die gleichzeitig in den verschiedenen Systemen unabhängig voneinander entstanden."

Um den neuen Herausforderungen an das Recht, die sich aus dem nichtehelichen Zusammenleben ergeben, mit neuen Lösungsvorschlägen zu begegnen, eignet sich eine Befassung mit dem amerikanischen Recht schon deswegen besonders, weil eine Art Darwinsches Prinzip sich aufgrund der ausgeprägten föderalen Struktur der USA, gerade auf dem Gebiete des Rechts⁵⁾, verwirklicht hat. Eine breite Konkurrenz von Rechtssystemen⁶⁾ - man denke nur an den Einfluß des

1) s. S. 45, 46, 47

2) Glendon, State, Law and Family, S. 18

3) Rheinstein, Vorwort zu Glendon, State, Law and Family, S. IX; Glendon, ebda., S. 18: "Their family law is responding to the same needs and problems."

4) ebda., S. 19

5) zur Zersplitterung des Rechts in Bundesrecht und Recht der 50 Bundesstaaten vgl. Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (16); Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (715)

6) dazu Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (17)

spanisch-mexikanischen Rechts in New Mexico, Arizona, Texas, Californien und Washington und den des französischen Rechts in Louisiana¹⁾ in einem ansonsten englisch geprägten System - schafft einen schöpferischen Streit um den "besseren Weg". So sind die USA ein gigantisches rechtspolitisches Experimentierfeld²⁾ sowohl bezüglich der Gesetzgebung als auch des Fallrechts³⁾.

So ist es nach Justice Brandeis einer der glücklichen Zufälle des föderalen Systems, daß ein einzelner mutiger Staat mit Zustimmung seiner Bürger als Versuchsfeld dienen kann; ihm ist es so möglich, neue soziale und ökonomische Versuche zu wagen ohne Gefahr für den Rest des Landes^{4/5)}.

Eine Vorreiterrolle nimmt hier ohne Zweifel Californien ein⁶⁾, besonders, was die Behandlung des nichtehelichen Zusammenlebens angeht. In diesem Bereich waren die kalifornischen Gerichte auch schon in der Vergangenheit besonders aktiv, und die Fortentwicklung ihrer Rechtsregeln bezüglich des Schutzes von nichtehelichen Partnern wird als typisch für den modernen Trend betrachtet⁷⁾.

1) Schnitzler, aaO., Bd. I, S. 310

2) Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (16 mwN)

3) vgl. Johnston, 31 Oregon Law Review 303 (311)

4) dissenting opinion bei New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 262 (1932), 311

5) s.a. Johnston, 31 Oregon Law Review 303 (311): "In our federal system, the law, over which states have jurisdiction, develops by one state trying an idea and other states copying it if it is well received in the first state."

daß die Konkurrenz aber auch zu äußerst nachteiligen Folgen führen kann vgl. Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (17) zum Aktienrecht

6) vgl. Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (71)

7) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (362)

Daher ist es nicht verwunderlich, daß die Mehrzahl der richtungsweisenden Urteile aus diesem Bundesstaat stammen¹⁾ und erst in zweiter Linie aus anderen Bundesstaaten, etwa aus Washington²⁾.

Im Übrigen wird aus Californien berichtet, daß dort im März 1979 mehr als 1 000 Klagen von ehemals zusammenlebenden Partnern anhängig waren³⁾. Müller-Freienfels⁴⁾ nimmt aufgrund dieser Sachlage an, Californien strebe danach, weltweite Schrittmacherdienste beim modernen Wandel des Familienrechts zu leisten⁵⁾.

Daß ein solcher Wandel auf beiden Seiten des Atlantiks bereits eingesetzt hat, läßt sich schon auf anderen Gebieten im Familienrecht und im Strafrecht als dem hier zu behandelnden feststellen.

Nahezu gleichzeitig fand in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA eine grundlegende Reform des Ehescheidungsrechts statt⁶⁾. Kernstück dieser Reform ist die grundsätzliche Abkehr vom Verschuldensprinzip, wie sie in den USA durch den UMDA im Jahre 1970⁷⁾ (in Californien durch den Family Law Act von 1969⁸⁾)

1) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976); In re Estate of Atherley 119 Cal.Rptr. 41 (1975); Beckman v. Mayhew, 122 Cal.Rptr. 604 (1974); In re Marriage of Cary, 109 Cal.Rptr. 862 (1973); Keene v. Keene, 371 P.2d 329 (1962); Vallera v. Vallera, 134 P.2d 761 (1943)

2) so In re Estate of Thornton, 499 P.2d 864 (1972); vgl. auch Giesen, ZVglRWiss 79 (1980) 169 (185)

3) s. TIME v. 5. März 1979, S. 33 und vorn S. 4, Fn. 6

4) ZEE 1980, 55 (71)

5) nach Bosch, bei Bauer, Rheinische Post v. 9.5.1979, sind die Amerikaner "wieder einmal Vorreiter in der Zerstörung einer Institution"

6) Rheinstein, Marriage Stability, Divorce and the Law, S. 382-405; Crutchfield bezeichnet dies als einen wesentlichen Katalysator bei dem Wandel des gesamten Bereichs der familiären Beziehungen 19 Journal of Family Law 247 (248)

7) zum UMDA s. S. 39, Fn. 4

8) s. v. S. 124 ff.

vgl. auch Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169, 170 (insbes.Fn. 15)

und in der Bundesrepublik durch das 1. EheRG von 1976¹⁾ zum Ausdruck kommt.

Damit ging eine Umgestaltung des Rechts des nichtehelichen Kindes in beiden Systemen einher²⁾.

Ebenso bezeichnend ist die Gleichstellung von Mann und Frau im rechtlichen Bereich³⁾.

Schließlich spiegelt sich eine gewisse Änderung der Moralauffassungen im materiellen Strafrecht und im Prozeßrecht wieder.

Fast gleichzeitig mit dem Marvin-Fall wurde in Californien section 269a des Penal Code mit Wirkung vom 1.1.1976 geändert, nachdem vorher aufgrund dieser Regelung verboten war, im Zustand der Kohabitation und des Ehebruchs zu leben⁴⁾.

Traf dieses oder ähnliche Verbote, die bisweilen zur Anrufung des U.S.-Supreme Courts wegen Verfassungsverstößes führten⁵⁾, noch bis -----

- 1) Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.6.1976 (BGBl. 1421)
- 2) Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder v. 19.8.1969 (BGBl. 1243)
in den USA s. dazu: Krause, Kommende Entwicklungen im amerikanischen Unehelichenrecht, FamRZ 1969, 304 ff.
- 3) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 18.7.1957 (BGBl. 609)
in den USA dazu Coester=Waltjen, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in den Vereinigten Staaten, JZ 1976, 257 ff.
Nach Justice Roth bei Beal v. Beal, 145 Cal.Rptr. 763 (771, Fn. 9) gilt auch diesbezüglich "California leads the way"
s.a. Justice Mattina in McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (230) ".... California, which has been a front runner in this country"
- 4) vgl. Department of Industrial Relations v. Workers Compensation Appeals Board 156 Cal.Rptr. 183 (1979), 186; Nach den Grundsätzen des common law sind unerlaubte geschlechtliche Beziehungen (Konkubinate) strafbar, vgl. Bergmann-Ferid, aaO., S.21, Fn.4
- 5) dazu nur die berühmtesten Fälle Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 471 (1965) und Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972), ausführlich besprochen S. 73

vor kurzem in nahezu allen Bundesstaaten der USA zu¹⁾, so ist mittlerweile ein Rückzug des Staates im Bereich des Strafrechts erkennbar²⁾.

Dennoch ist das nichteheliche Zusammenleben weiterhin in 15 Staaten und dem District of Columbia strafbar³⁾.

Dies wird damit begründet, daß eben Unzucht, Ehebruch und Sodomie Verbrechen seien⁴⁾. Was Barbara Hirsch mit diesem, ihrem Werk wörtlich entnommenen Satz ausspricht, vermag zu zeigen, unter welchen Blickwinkeln das nichteheliche Zusammenleben bei Anlegen "herkömmlicher" Maßstäbe gesehen wird. Eine Liberalisierung auf diesem Gebiet zeigt sich hier vor allem aber daran, daß der Staat sich bei der Durchsetzung dieser Gesetze wohl sehr zurückhält⁵⁾.

Ähnlich verlief die Entwicklung in Deutschland⁶⁾. Hatte das Reichsgericht⁷⁾ noch den außerehelichen Beischlaf grundsätzlich als Unzucht⁸⁾ aufgefaßt und auch der BGH in einer - heute wohl so nicht -----

1) Hirsch, aaO., S. 32; Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (391)

2) Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (685); Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (373, Fn. 64 mwN); Bergmann-Ferid, aaO., S. 21, Fn. 4

3) Note, 77 Michigan Law Review 252 (254)

4) Hirsch, aaO., S. 32

5) Hirsch, aaO., S. 32: "But so rare is the enforcement of these laws that You can surely sleep well tonight after reading about them."

s.a. Note, 77 Michigan Law Review 252 (304): "Even in colonial America, where laws forbidding fornication had far more public support, they were not successfully enforced."

6) rechtsvergleichend Glendon, State, Law and Family, S. 83 und 107, Fn. 19

7) RGSt 10, 158 (160)

8) zum Begriff der Unzucht s. Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl. 1972 vor § 173, Rdz. 3-11;
s.a. Schneider, ZMR 1973, 131 (133)

denkbaren - Entscheidung¹⁾ dem Verkehr unter Verlobten nur in bestimmten, eng umgrenzten Fällen den Makel der Unzucht erspart²⁾, so hat sich doch das Sexualstrafrecht in Judikative und Legislative weitgehend entschärft³⁾.

Zwar war der nichteheliche Verkehr zwischen Erwachsenen verschiedenen Geschlechts auch in der Vergangenheit - jedenfalls nach Bundesrecht⁴⁾ - nicht strafbar, die Auseinandersetzung verlagerte sich jedoch auf die Feststellung des Straftatbestandes der Kuppelei.

Das 4. StRG⁵⁾ hat die früheren Tatbestände der Kuppelei (§§ 180, 181 a. F.), bei denen der Akzent auf der Art der Begünstigung fremder - wenn auch strafloser - Unzucht lag, zu einer Schutzbestimmung für Minderjährige umgestaltet, wobei deren ungestörte sexuelle Ent-

1) BGHSt 6, 46 (52 f.)

2) vgl. Mell, FSchr. Demelius aaO., 157; zur Kritik s.a. Lindacher, Anmerkung zum Urteil des AG Emden, JR 1976, 60 (61 mN)

3) vgl. Mell, FSchr. Demelius aaO., 156 sowie Schlüter, aaO., S.14

4) eine allgemeine Pönalisierung des nichtehelichen Zusammenlebens ist übrigens schon in den Beratungen des Reichstages zum Strafgesetzbuch verworfen worden; vgl. von Münch, I., bei Landwehr aaO., 147 mwN

vgl. zum Landesstraf- und Polizeirecht Becker, bei Landwehr aaO., 36-38

s. a. Schickedanz, Anmerkung zum Urteil AG Emden, NJW 1975, 1363, in NJW 1975, 1890, auch zu landesrechtlichen Konkubinationsverboten

5) Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 23.11.1973 (BGBl. 1725; ÄndG v. 2.3.1974, BGBl. 469, 502)

wicklung der einzige Schutzzweck ist¹⁾. Dogmatisch ungeklärt ist bislang, ob das 'Angehörigenprivileg', wie es z.B. in § 258, Abs. 6 StGB zum Ausdruck kommt, auch zu Gunsten der nichtehelich Zusammenlebenden wirkt. Die Kommentare verweisen diesbezüglich auf § 11, Abs. 1, Nr. 1a StGB. Das Reichsgericht²⁾ hat Konkubinate vom Angehörigenbegriff ausgeschlossen, ein Wandel in dieser Auffassung zeichnet sich aber ab³⁾.

So hat der BGH⁴⁾ in einem Fall die Anwendung des § 247 StGB auf nichtehelich zusammenlebende Partner nur deswegen verneint, weil nach der Vorstellung des Täters das Zusammenleben allein der Förderung der strafbaren Handlung dienen sollte.

Außerdem kann den Partnern ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 ZPO oder 52 StPO zustehen. Dies wird zum Teil mit der Gleichartigkeit des Vertrauensverhältnisses von Eheleuten begründet⁵⁾.

Im amerikanischen Recht dagegen wird eine gleiche Möglichkeit zwar diskutiert, eine Anwendung bisher aber nicht propagiert⁶⁾.

- 1) vgl. Schönke-Schröder-Lenckner, StGB, 20. Auflage 1980, § 180, Rdz. 1; s.a. ebda., vor § 174, Rdz. 1; Dreher-Tröndle, StGB, 39. Aufl. 1980, vor § 174, Rdz. 3 mN; zu den sehr expliziten und scharfen Schweizer Regelungen s. Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (57)

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, daß der BGH, aaO., S. 49, ausführt, ein sehr viel schwereres sittliches und rechtliches Unwerturteil ruhe auf dem Verhalten des Kupplers als auf dem Verhalten derer, die er fördere.

- 2) RGSt 25, 156

- 3) Schönke-Schröder, § 11, Rdz. 12 mN; etwas anders Dreher-Tröndle § 11, Rdz. 4, der eine vorsichtige Analogie nicht ausschließt; vgl. auch Strätz, FamRZ 1980, 301 (308) und Bosch, FamRZ 1980, 739 (742) mit weiteren Anwendungsbereichen

- 4) BGH NJW 1979, 2056

- 5) s. Strätz, FamRZ 1980, 301 (308) mN auf die Kommentarliteratur

- 6) vgl. People v. Delph, 156 Cal.Rptr. 422 (1979); Hirsch, aaO., S. 94: "Their relationship is not one that the law seeks to preserve, so either consort can, voluntarily or under subpoena, speak out against the other." Ein Wandel zeichnet sich aber auch hier ab; vgl. Trammel v. United States 100 S.Ct. 906 (1980)

Die Rechtsvergleichung zwischen beiden Systemen wird aber andererseits dadurch erleichtert, daß in der Bundesrepublik, ebenso wie in den USA¹⁾, das nichteheliche Zusammenleben gesetzlich nicht geregelt ist, von Ausnahmen im Sozialrecht²⁾ und - indirekt - im Versorgungsrecht³⁾ abgesehen. Die Auseinandersetzung findet damit auf dem Boden des Richterrechts⁴⁾ statt, der kritische Blick auf den Vorrang eines Gesetzes ist, soweit nicht Verfassungsnormen einbezogen werden, nicht vonnöten.

Die Möglichkeit für eine richterliche Fortentwicklung des Rechts des nichtehelichen Zusammenlebens ist damit auch für das deutsche Recht in ähnlichem Maß wie in den USA gegeben, der direkte Vergleich mit dem amerikanischen case-law erleichtert und die Chance nicht ausgeschlossen, Argumentationen und Lösungen (Doktrinen) der jeweils anderen Seite in die eigene Rechtsprechung organisch einzubauen, so wie es bei einigen Rechtsinstituten schon geschehen ist⁵⁾.

- 1) mit Ausnahme von New Hampshire (s. Fn. 2 auf S. 30) und der Regelung wie in California Civil Code, section 4801.05 (s. Fn. 2 auf S. 26)
- 2) vgl. § 122 BSHG und § 149, Abs. 5 AVAVG Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung v. 23.12.1956 (BGBl. 1018 i.d.F. v. 3.4.1957 BGBl. 321); dagegen nicht § 56, Abs. 1, Zif. 4 SGB-AT (Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil vom 11.12.1975 (BGBl. 3015))
- 3) nach Auffassung von Strätz, FamRZ 1980, 301 (304); ebenso auch neuerdings VG Berlin, Urt. v. 15.1.1980, NJW 1980, 1589
- 4) zum starken Einfluß des Richterrechts vgl. die Darstellung von Siemens, aaO., S. 9
- 5) so im Kartell- und Haftpflichtrecht; eine parallele Entwicklung ist auf dem Gebiet der Produzentenhaftung zu beobachten

2. Teil: DAS NICTHEHELICHE ZUSAMMENLEBEN :
===== REGELUNGSMÖGLICHKEITEN UND RECHTSFOLGEN

Das nichteheliche Zusammenleben kann durch Tod oder lebzeitige Trennung beendet werden. Teilweise haben die Partner ein Ende in Erwägung gezogen und haben ihre Rechtsbeziehungen untereinander auf eine vertragliche oder testamentarische Basis gestellt. Hier taucht zwangsläufig die Frage auf, ob solche Willenserklärungen unter moralischen und sittlichen Gesichtspunkten einerseits und unter Anwendung verfassungsrechtlicher Prinzipien andererseits wirksam sind.

Soweit keine ausdrücklichen Willenserklärungen, womöglich schriftlich, erkennbar sind, ist zu erwägen, ob auf andere Weise eine Rechtsfolgenvereinbarung zwischen den Parteien festgestellt werden kann und ob sich eventuell solche Rechtsfolgen, auch im Todesfall, von Gesetzes wegen ergeben.

Ein eindeutiger Vorrang von typischen Fallgestaltungen in dem Sinne, daß die Gerichte sich häufiger mit dieser und seltener mit jener besonderen Konstellation zu befassen haben, läßt sich bislang in der Rechtsprechung nicht finden: auf der Beklagtenseite sind oft Nachlaßverwalter oder Erbengemeinschaften vertreten¹⁾, gegen die ein erbrechtlicher oder schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch geltend gemacht wird, oft sind es die ehemals zusammenlebenden Partner, die sich vor dem Richter wiedersehen und um Vermögens- oder Unterhaltsansprüche streiten; von dogmatischer Bedeutung sind aber die Fälle ebenfalls, in denen Dritte von der Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens, sei es gewaltsam

1) vgl. In re Estate of Atherley, 119 Cal.Rptr. 41 (1975); In re Estate of Thornton, 499 P.2d 864 (1972); Latham v. Hennessey, 554 P.2d 1057 (1976); OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253; OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796; BayObLG FamRZ 1977, 490 = NJW 1978, 2076; BGH FamRZ 1965, 368; BAG NJW 1959, 1511

durch Tod, sei es aufgrund freiwilliger Trennung, betroffen werden: der klagende Partner macht gegen einen Schädiger¹⁾ oder gegen eine Versicherung Ansprüche geltend wegen entgangenen Unterhalts oder wegen Pensionsansprüchen des Versicherten, oder ein Unterhaltsanspruch eines vormals geschiedenen Partners soll nach der freiwilligen Trennung des nichtehelichen Zusammenlebens erneut in Kraft gesetzt werden²⁾.

- 1) BGH VI ZR 261/62 v. 21.6.1963; dazu Arndt, Rechtsunwürdigkeit und Verwirkung, NJW 1965, 26/27; Peltzer, Fragwürdige Rechtsunwürdigkeit, NJW 1965, 955; Jeder, aaO., S. 88 und Strätz, FamRZ 1980, 301 (307); im amerikanischen Recht s. Vogel v. PanAmerican World Airways, Inc. 450 F.Supp. 224 (1978)
- 2) Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (259 u. 268); einige amerikanischen Autoren abstrahieren die Problemstellung durch Reduktion aktueller Fälle auf kurze exemplarische Sachverhalte; absolut anders ist aber das Vorgehen von Hubbard-Larsen, 19 Journal of Family Law 655 (657 ff.), die das Problem als Rollenspiel voller Fiktionen näherbringen wollen.

1. Kapitel: Mögliche rechtliche Beschränkungen

Schon von Moraltheologen¹⁾ wird gefordert, das nichteheliche Zusammenleben ungeregt zu lassen "on punitive or moralistic grounds"²⁾, aber auch juristische Autoren und ein Teil der Rechtsprechung versagen sich einer rechtlichen Erfassung der Beziehung, es sei denn, die gefundene Regelung benachteiligt das nichteheliche Zusammenleben gegenüber der Ehe³⁾ oder stelle auf sonstige Weise eine rechtliche Hürde dar⁴⁾, die möglichst viele auf dem Weg in das 'Glück ohne Trauschein' straucheln läßt.

I. Verfassungsrechtliche Schranken für eine normative Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens

Nicht nur die politische Diskussion im Zusammenhang mit der Erfassung des nichtehelichen Zusammenlebens wird beherrscht durch die staatliche Garantie des Schutzes von Ehe und Familie. Auch jeder Versuch einer normativen Behandlung hat sich an den Maßstäben zu orientieren, die ihr - und in diesem Bereich ganz besonders - durch den Verfassungsgesetzgeber gesetzt wurden.

Eine herausragende Rolle im Rahmen dieser Erwägungen spielt demnach das Verfassungsrecht.

1) vgl. Koch, Ehe und "Nicht-eheliche Lebensgemeinschaft" als Thema der Ethik, bei Landwehr aaO., 39 ff.; s. dazu auch die Ausführungen von Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (56, 57); einen verständlichen Appell enthält die gemeinsame Erklärung "Ja zur Ehe" der Deutschen Bischofskonferenz und des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 15.10.1981, abgedruckt in FamRZ 1981, 1157

2) Glendon, State, Law and Family, S. 83; vgl. auch Evans-von Krbek, JA 1979, 236 (240)

3) s. dazu nur Wacke, NJW 1979, 2585 (2587 mwN, Fn. 33)

4) wie z. B. § 122 BSHG

Art. 6, Abs. 1 GG bestimmt "Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung." Diese Vorschrift, in gleicher Weise nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾ Abwehrrecht, Institutsgarantie und wertentscheidende Grundsatznorm unserer Verfassung²⁾, kann in Hinsicht auf das nichteheliche Zusammenleben eine Aussage in zweierlei Hinsicht treffen: entweder, sie subsumiert diese Beziehung unter den Begriff "Ehe" oder unter den Begriff "Familie", dann folgt aus einer solchen Betrachtung das Gebot an die öffentliche Gewalt, das nichteheliche Zusammenleben in gleicher Weise wie Ehe und Familie in der Gesellschaft und im Staat zu fördern und zu schützen; oder, Entstehungsgeschichte, Wortlaut und verfassungsgeberische Intention lassen es nicht zu, den Wortlaut des Art. 6, Abs. 1 GG über Ehe und Familie in dem bisher verstandenen Sinne hinaus auszulegen: dies bedeutete, daß der Staat zumindest gehindert ist, eine Besserstellung des nichtehelichen Zusammenlebens gegenüber der Ehe herbeizuführen. Legt man das Gewicht bei der Würdigung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen auf den Aspekt der wertentscheidenden Grundsatznorm, kann daraus sogar nicht nur ein Regelungsverbot hinsichtlich einer Besserstellung oder Gleichstellung entstehen, sondern sogar ein positives Regelungsgebot in Richtung auf eine Schlechterstellung gesehen werden, um die Ehe als gesetzlich vorgesehene und zu schützende Ordnung deutlich zu bevorzugen.

Damit ist jedoch noch nicht der Rahmen für die verfassungsrechtliche Diskussion abgesteckt: vielmehr schließt sich an die letztere

1) vgl. BVerfGE 6, 55 = FamRZ 1957, 82; 31, 58 = FamRZ 1971, 414; FamRZ 1974, 122

2) vgl. Maunz-Düring-Herzog, Kommentar zum GG, Art. 6, Rdz. 6; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 6, Rdz. 1+2; Leibholz-Rinck, GG, Art. 6, Rdz. 1; Zuck, Die eigenständige Bedeutung des Art. 6, I gegenüber Reformgesetzen, FamRZ 1979, 873; Lecheler, Der Schutz der Familie, FamRZ 1979, 1 (2 mwN)

Auffassung vom Auslegungsspielraum des Art. 6, Abs. 1 GG die Frage nach dem Zusammenspiel oder dem Spannungsverhältnis bezüglich anderer Grundrechte an, wie sie im Stichwort von der "Wechselwirkung der Grundrechte"¹⁾ zum Ausdruck kommt. Die Selbstentfaltung des Menschen in Freiheit und Gleichheit wird in unserer Verfassung zunächst durch Art. 1, Abs. 1 GG, Art. 2, Abs. 1 und Art. 3 GG umfassend geschützt, durch Bestimmungen also, die in ihrer Bedeutung ebenfalls Wertentscheidungen für die gesamte Verfassung bedeuten²⁾. Nimmt das nichteheliche Zusammenleben an dieser Wertentscheidung teil und tritt somit gleichberechtigt neben seine sanktionierte Schwester, die Ehe?

§ 1) Verfassungsrechtliche Erwägungen in den USA

Schlagwortartig verkürzt enthält die amerikanische "Declaration of Independance" von 1776 das "unalienable right" des "Pursuit of happiness", also das unveräußerliche Recht, das Streben nach Glückseligkeit in die eigenen Hände zu nehmen. Gehört das nichteheliche Zusammenleben auch dazu?

Im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht kennen die Amerikaner ein gleiches wie das vorn aufgezeigte Spannungsverhältnis nicht: ihre Verfassung mit den dazu erfolgten Ergänzungen enthält keine ausdrückliche Benennung von Ehe und Familie. Der Verfassungswortlaut und die Verfassungsrechtsprechung des U.S.-Supreme Court sind vielmehr von Freiheits- und Gleichheitsrechten geprägt, die auf verschiedene Weise die Basis bilden, um etwa zu Ergebnissen wie dem Schutz der Familie im Wege von logischen oder systemimmanenten Ableitungen zu kommen. Eine Betrachtung dieses Bereichs kann Erkenntnisse für die verfassungsrechtliche Einordnung des -----

1) vgl. von Münch, E.M., Grundgesetz-Kommentar Art. 2, Rdz. 31 und Art. 5, Rdz. 51

2) Maunz-Düring-Herzog, Art. 1, Rdz. 4; Art. 2, Rdz. 3, Art. 3, Rdz. 3

nichtehelichen Zusammenlebens liefern.

So besteht das Freiheitsrecht zu heiraten, und das Recht auf Ehe, das als "basic civil right" verstanden wird, wird begleitet von dem Recht auf Ungestörtheit des persönlichen Lebensraumes ("privacy") und dem Recht der Gleichheit¹⁾.

Ungeklärt ist, auf welcher Grundlage dieses Recht auf "privacy" und "intimacy" gewährt wird, besonders, ob es in Hinsicht auf das nichteheliche Zusammenleben ebenso als "basic civil right" verstanden werden kann²⁾, wie das Recht, die Ehe einzugehen.

a) Die "equal protection clause"

Die Behandlung dieses Problems setzt beim 14. Amendment zur amerikanischen Verfassung, der berühmten 'equal protection clause' an:

"No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

U.S. Const.amend.XIV, § 1³⁾

Dieser Verfassungsgrundsatz, ursprünglich im Jahre 1868 mit dem Ziel geschaffen, der schwarzen Bevölkerung die Gleichstellung zu sichern⁴⁾, hat inzwischen eine breite Auslegung erfahren. In welche Richtung diese zu gehen vermag, zeigt die Entstehung des Equal Credit Opportunity Act von 1976⁵⁾, der eine Diskriminie-

1) vgl. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (698)

2) s. Note, 77 Michigan Law Review 252 (267); Glendon, aaO., S.668

3) The Constitution of the United States of America, amend.XIV, §1

4) s. Krause, FamRZ 1969, 304

5) Equal Credit Opportunity Act, § 701, 15 U.S.C., § 1691 (1976); s. a. Glendon, FSchr. Ferid, aaO., S. 495

rung bei der Gewährung von Krediten in Abhängigkeit vom Familienstand verbot¹⁾. Sinn dieses Gesetzes war wohl, die Motivation von Darlehensgläubigern, unverheirateten Einzelpersonen eine Kreditierung zu verweigern, weil sie gegenüber verheirateten Kreditschuldern weniger Sicherheiten bieten²⁾, zu unterbinden. Damit hat das Gesetz eine vitale Bedeutung für nichtehelich Zusammenlebende mit unmittelbaren finanziellen Konsequenzen.

Auf die Regelung des Equal Credit Opportunity Act beriefen sich z. B. Marcia Harris und Jerry Markham. Sie verklagten die Colonial Mortgage Service Company³⁾.

Um Grundbesitz am Kapitolshügel in Washington kaufen zu können, hatten sie auf Empfehlung ihres Maklers ein Darlehen bei der Beklagten beantragt. Diese reichte den Antrag weiter an die Illinois Federal Service Savings and Loan Association. Der Antrag wurde zurückgewiesen. Die Spar- und Darlehenskasse begründete dies damit, daß, obwohl die Kläger gemeinsam den Kredit beantragt hatten, ihre Einkommen (im Gegensatz zu Eheleuten) nicht zusammen gerechnet werden könnten und die Einzeleinkommen - für sich betrachtet - keine ausreichende Kreditwürdigkeit erkennen ließen.

Der Court of Appeals gab der Klage statt - eine Entscheidung, die nach der Kritik in der Literatur weitreichende Konsequenzen hervorzurufen vermag⁴⁾. Die Entscheidung des Gerichts gehe davon aus, die nichtehelich Zusammenlebenden seien eine geschützte Klasse für sich⁵⁾.

1) "It shall be unlawful for any creditor to discriminate against any applicant, with respect to any aspect of a credit transaction ... on the basis of ... sex or marital status"
(§ 1691 (a) (1))

2) vgl. Note, 93 Harvard Law Review 430 (431)

3) Markham v. Colonial Mortgage Service Co.
(no. 78 - 1616 (D.C. Cir. Aug. 2, 1979))

4) Note, 93 Harvard Law Review 430 (432)

5) ebda., S. 435

Gerade dies kann aber dem Sinn der 'equal protection clause' widersprechen. Er liegt nämlich darin, eine Ungleichbehandlung weitgehend auszuschließen, indem diese Regelung Gesetze und Gerichtsurteile verbietet, insoweit sie rechtliche Unterschiede zwischen Gruppen ziehen, die vernünftigerweise nicht unterscheidbar sind¹⁾. Ein Gesetz ist also dann verfassungsgemäß, wenn es gleichmäßig auf alle Personen anwendbar ist, die in einer vergleichbaren Situation sind, soweit und wenn ein rational vertretbarer Zweck des Gesetzes betroffen ist²⁾. Auf die - naheliegende - Vergleichbarkeit mit Art. 3, Abs. 1 GG (oder auch Art. 109 der Weimarer Reichsverfassung) soll hier nur kurz verwiesen werden.

Weitere Grundlage bei der amerikanischen Verfassungsrechtsdiskussion ist das 1. Amendment zur amerikanischen Verfassung zum Schutz der freien Rede und der Vereinigungsfreiheit.

So führte Justice Douglas aus, das Recht auf association (Vereinigungsfreiheit) sei eine der verfassungsmäßigen Garantien zur Bildung von "zones of privacy"³⁾.

b) Straf- und Ordnungsvorschriften als Ansatzpunkt
verfassungsrechtlicher Diskussion

Entzündet hatte sich die verfassungsrechtliche Diskussion in den USA an straf- oder ordnungsrechtlichen Regelungen, die vor allem auf dem Gebiet der sexuellen Freiheit von Bedeutung waren und noch sind - ihre Grundlagen kollidieren in erheblichem Maße mit der Lebensform des nichtehelichen Zusammenlebens.

Dies betraf zum Beispiel die sogenannten "zones of protection". Besonders an der Ost- und Westküste der USA haben einige Gemein-

1) Krause, FamRZ 1969, 304

2) Krause, aaO, 305

3) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479
(1965), 484

den "zoning laws" erlassen mit dem Inhalt, Personen, die nicht durch Abstammung oder Heirat verwandt sind, das Zusammenleben zu verbieten¹⁾.

Der U.S.-Supreme Court hat in einem Fall²⁾ ein solches "zoning law" bestätigt, dies verbot jedoch nur das Zusammenleben von mehr als zwei nichtverwandten Personen.

Eine andere Regelung schloß Haushalte mit zwei oder mehr nicht-verwandten Personen von der Einbeziehung in ein "federal food stamp program" aus. Der Supreme Court hob sie wegen Verfassungswidrigkeit auf³⁾.

Er schuf damit einen Präzedenzfall für ein New Yorker Distriktgericht, das die erste "zoning law"-Entscheidung des Supreme Court⁴⁾

insoweit nachvollzog, als es das in einer Ortssatzung enthaltene Verbot, zu zweit oder zu mehreren nichtverwandten Personen in einem Einfamilienhaus zu wohnen, aufhob mit der Einschränkung, von ihm seien nur Gruppen von mehr als zwei Personen betroffen und die zweite Entscheidung regelte grundsätzlich und abschließend das Zusammenleben unverheirateter Paare⁵⁾.

In logischer Fortsetzung dessen gab das amerikanische Ministerium für Wohnungsbau und Stadtentwicklung im Jahre 1977 eine Anordnung heraus, die unverheirateten Paaren die Türen zum öffentlichen Woh-

1) vgl. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (690)

2) Village of Belle Terre v. Boraas, 416 U.S. 1 (1974), ausgehend vom Familienbegriff

3) United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973); zur Erläuterung sei hier angemerkt, daß das "federal food stamp program" nicht die Lebensmittelkarten zum Inhalt hat, die aus der jüngsten deutschen Geschichte in leidvoller Erinnerung sind. Vielmehr handelt es sich dabei um einen Teilbereich der amerikanischen Sozialhilfe, der ganz wesentlich von den neuen Budgetkürzungen der Regierung Reagan betroffen ist.

4) s. Fn. 2)

5) O'Grady v. Town of North Castle, No. 41751 (S.D.N.Y., Jan. 16, 1975) bei Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (691, Fn.120); zu diesen Entscheidungen s.a. Note, 77 Michigan Law Review 252 (280 u. 281) und Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (373, Fn. 64, 374 mwN)

nungsbau öffneten, wenn sie in einer "stable family relationship" lebten¹⁾.

Die verfassungsrechtliche Dogmatik läßt sich allerdings eher an zwei anderen, vom U.S.-Supreme Court entschiedenen Fällen nachvollziehen²⁾. Diese Entscheidungen, *Griswold v. Connecticut*³⁾ und *Eisenstadt v. Baird*⁴⁾, setzten sich mit der Wirkung des 1. und des 14. Amendments auf die Rechte der Partner innerhalb und außerhalb der Ehe auseinander; ihre Beurteilung des "right of privacy" und des "right of intimacy" in oder außerhalb des Rahmens der 'fundamental rights' ist im amerikanischen Recht nicht ohne Beachtung geblieben, besonders auf dem Gebiet der moralischen und sexuellen Freiheit.

Ausgangspunkt beider Streitfälle war das Feld der Geburtenkontrolle.

Im Fall *Griswold*, der 1965 vom Supreme Court entschieden wurde, waren der geschäftsführende Direktor von *Planned Parenthood*⁵⁾ und ein Professor an der Yale Medical School angeklagt und verurteilt worden; ihnen war vorgeworfen worden, das "anti-birth-control"-Gesetz des Staates Connecticut verletzt zu haben, weil sie Informationen und Ratschläge in Hinsicht auf Geburtenkontrolle gegeben und verteilt hatten. Der Supreme Court hob die strafrechtliche Verurteilung auf und stellte fest, daß das Gesetz von Connecticut die amerikanische Verfassung verletzte.

Eine ähnliche Strafvorschrift wie im *Griswold*-Fall bestand auch in Massachusetts und war Gegenstand einer Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Eisenstadt v. Baird* im Jahre 1972.

1) vgl. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 495 mN, Fn. 10 auf Washington Post, 26 May 1977, p. 2

2) vgl. hierzu auch Richards, The Individual, the Family and the Constitution, 55 New York University Law Review 1 (1980) 31 ff. und 53

3) 381 U.S. 479 (1965)

4) 405 U.S. 438 (1972)

5) Vergleichbar in der Bundesrepublik der Aktion "pro familia"

Nach dieser Vorschrift wurde eine Strafandrohung für den Fall ausgesprochen, daß jemand durch Verkauf oder Verschenken unverheirateten Personen Contraceptiva verschafft.

Mit dieser Vorschrift war der Angeklagte Baird in Konflikt gekommen nicht nur, indem er eine junge unverheiratete Frau in der Möglichkeit der Geburtenkontrolle unterwies, sondern indem er ihr auch noch eine Packung Vaginalschaum aushändigte, wahrscheinlich als Beispiel für eine Möglichkeit der Verhütung. Baird wurde verhaftet und in Massachusetts verurteilt.

Der U.S.-Supreme Court hob die Verurteilung auf und stellte ihre Verfassungswidrigkeit fest.

Im Griswold-Fall hatte das Gericht die Ansicht vertreten, das "right of privacy" sei durch das 14. Amendment zur Verfassung geschützt und das Gesetz des Staates Connecticut greife in diesen Schutz ein¹⁾. In der Folgezeit wurde diese Auffassung des Supreme Court dahingehend ausgelegt, das 14. Amendment garantiere ein ausdrückliches Recht der "sexual privacy"²⁾.

Daß ein solches Ergebnis aber nicht über jeden Zweifel erhaben ist, vermag die von Justice Goldberg angeführte concurring opinion im Griswold-Fall zu zeigen, die die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes von Connecticut bejahte insoweit, als dieses Gesetz Ehebruch und Unzucht verbot³⁾.

Zum besseren Verständnis dieser Entscheidungen muß man wissen, daß die verfassungsrechtliche Dogmatik in den USA im Gegensatz zum deutschen Recht noch besondere Anforderungen an diese wie auch andere Entscheidungen des Supreme Court stellt: das Gericht hat in jede Prüfung einzubeziehen die Behandlung "zweier Kriterien"⁴⁾, die in einer amerikanischen Notiz bezeichnet werden als -----

1) Verfassungswidrig wegen Eingriffs in die Privatsphäre ist nach Auffassung des Supreme Court of New Jersey das strafrechtliche Unzuchtverbot in N.J.S.A. 2A: 110-1 (State of New Jersey v. Saunders, 381 A. 2d 333 (1977), 337

2) Note, 77 Michigan Law Review 252 (255) mwN

3) 381 U.S. 479 (1965), 498

4) Note, 77 Michigan Law Review 252 (256, 257)

"usual test for fundamental rights". Wie noch weiter unten zu erläutern sein wird, stellen sich dem Supreme Court die Fragen nach den Traditionen der Gesellschaft ("society's traditions"), und nach dem gemeinschaftlichen Bewußtsein ("collective conscience"), herrührend aus der due process clause des 14. Amendment¹⁾.

Werden diese Schlüsselfragen so beantwortet, daß die Annahme eines 'fundamental right' gerechtfertigt erscheint, ist ein Gesetz, das mit diesem Recht kollidiert, noch nicht eo ipso verfassungswidrig. Vor einem solchen Verdikt ist nämlich noch festzustellen, ob nicht ein widerstreitendes staatliches Interesse ("compelling state interest") als ratio des Gesetzes aufzufassen ist²⁾.

Die Griswold-Entscheidung richtete sich an diesen Maßstäben aus. Das "right of privacy" wurde nicht nur durch die equal protection clause geschützt, sondern nach Feststellung von Justice Douglas auch durch das erste, dritte, vierte, fünfte und offenkundig auch neunte Amendment zur Verfassung, die sogenannte "zones of privacy" schaffen³⁾.

Der gleiche Richter stützte sich in seiner concurring opinion zum Baird-Fall, im Gegensatz zur Mehrheit, ebenfalls auf das erste Amendment. Er sah das Recht der freien Rede verletzt, wenn jemand einen anderen unterweisen will und ihm für eine solche Unterweisung die nach neuen pädagogischen Erkenntnissen notwendigen Hilfsmittel, wie Aushändigung von Beispielen oder Musterexemplaren von Gesetzes wegen verboten werden⁴⁾.

1) Note, 77 Michigan Law Review 252 (256, 257)

2) ebda., S. 257

3) 381 U.S. 479 (484)

4) vgl. Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972), 455: "Handing an article under discussion to a member of the audience is a technique known to all teachers I do not see how we can have a Society of the Dialogue, which the First Amendment envisages, if time-honored techniques are barred to those who give educational lectures." Zur herausragenden verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts der freien Rede vgl. Alstyne, A Graphic Review of the Free Speech Clause, 70 California Law Review 107 (1982), insbesondere S. 140

Die Mehrheit der Richter jedoch fand auf der Grundlage der equal protection clause des 14. Amendment keinen Grund für eine unterschiedliche Behandlung von unverheirateten und verheirateten Partnern durch das angegriffene Gesetz von Massachusetts¹⁾.

Unter direkter Bezugnahme auf die Griswold-Entscheidung führte Justice Brennan aus:

"It is true that in Griswold the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity²⁾ with a mind and a heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional makeup. If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child"³⁾.

Aus diesen Ausführungen des Gerichts wurde in der Folgezeit der Schluß gezogen, daß die verfassungsmäßige Garantie der "sexual privacy" sich nunmehr auch auf nichtverheiratete Personen erstreckt⁴⁾ und somit eine Folgerung auf eine gewisse Gleichstellung des ehelichen und nichtehelichen Zusammenlebens erlaubt sei⁵⁾.

Dieser Schluß ist sicherlich voreilig und trägt dem Grundgedanken der verfassungsrechtlichen Diskussion keine Rechnung: das Recht auch der sexuellen Entfaltung und deren ungestörter Intimität, das eindeutig zunächst allein dem "sacred precinct of a marital bedroom"⁶⁾ vorbehalten war, ist kein der Ehe logisch

1) 405 U.S. 438 (1972), 447; zur Verletzung der equal protection clause in diesem Fall s.a. Beck, 17 Journal of Family Law 685 (700)

2) 405 U.S. 438 (1972), 453; zur Eheauffassung s.a. Fn. 4 auf S. 10
3) ebda.

4) vgl. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (108)

5) Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (700)

6) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965) 485

verknüpftes Privileg¹⁾. Es entstammt vielmehr der in Amerika tief verwurzelten Idee von der möglichst umfassenden individuellen Freiheit des Einzelnen, wie es Justice Brennan betont. Das Recht auf "sexual privacy" und auch insgesamt das Recht der unverheiratet mit einem anderen Zusammenlebenden auf die Freiheit von staatlicher Einmischung gewinnt seine Bedeutung, die es nach der liberalen Auffassung immerhin als "fundamental right" hat, damit unmittelbar aus dem Freiheitsrecht.

Auch die equal protection clause wird nicht so ausgelegt, daß sie zur Verwischung sämtlicher Unterschiede zwischen nichtehelichen und ehelichen Partnern beiträgt. Sie führt lediglich dazu, daß sie in Teilbereichen Vergleichbares auf eine Stufe stellt, analog wiederzufinden im deutschen Verfassungsrecht.

Das Recht auf "sexual privacy" ist demnach das Recht des Einzelnen in der Ehe, der Ehe nicht wesensimmanent, und es gibt deswegen - und hier zeigt sich die Wirkung des 14. Amendments - keinen Anlaß, den für Eheleute bejahten Schutz des persönlichsten Lebensbereiches nichtehelichen Partnern zu versagen.

Dagegen muß aber gerade im Hinblick auf die Institutsgarantie des deutschen Verfassungsrecht in Art. 6 GG auch erwähnt werden, daß auch in den USA die Ehe und die Eheschließungsfreiheit²⁾ an herausgehobener Stelle stehen, die Ehe wird als "basic civil right"³⁾ geschützt.

An diesem, dem Gemeinschaftswesen "Ehe" vorbehaltenen Schutz nimmt die nichteheliche Verbindung nicht teil⁴⁾ - sie kennt nur

1) vgl. Note, 77 Michigan Law Review 252 (291)

2) vgl. Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978) 375 u. 383 sowie Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) 12 bei Note, 77 Michigan Law Review 252 (289, dort Fn. 206)

3) Skinner v. State of Oklahoma 316 U.S. 535 (1942), 541 = 62 S.Ct. 1110, 1113

4) vgl. Gernhuber, Die geordnete Ehe, FamRZ 1979, 193 (195):
"interindividuelles Gemeinschaftsverhältnis"

die individuellen Rechte. Justice Goldberg nimmt im Griswold-Fall die Gelegenheit wahr, um dies herauszustellen:

"The entire fabric of the Constitution and the purposes that clearly underlie its specific guaranties demonstrate that the right to marital privacy and to marry and raise a family are of similar order and magnitude as the fundamental rights specially protected"¹⁾

Eine Gleichstellung ist auch nicht aufgrund des fundamental right of association, wie es im 1. Amendment enthalten ist, gestattet. Die sehr großzügige Auslegung dieses Rechts durch Justice Douglas²⁾ hat in der Literatur Kritik erfahren³⁾.

Ebenso die gleichgelagerte Auffassung von Justice Marshall im Fall Village of Belle Terre v. Boraas⁴⁾, in der er feststellte, das erste und vierzehnte Amendment schützten die Freiheit, seinen Partner auszusuchen⁵⁾.

1) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), 495 concurring opinion; s. dazu auch Braga, Reformgesetze und Zukunftsfor-
schung, FSchr. Beitzke, 145

2) 381 U.S. 479 (483, 484)

3) s. Fn. 1 auf S. 77, dort S. 278/279 und 283

4) 416 U.S. 1 (1974), 15

5) aaO., S. 16: "the choice of household's companion - of whether a person's intellectual and emotional needs are best met by living with family, friends, professional associates, or others - involves deeply personal considerations as to the kind and quality of intimate relationships within the home. That decision surely falls within the ambit of the right of privacy protected by the Constitution."

Die bisher ergangenen Entscheidungen zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des nichtehelichen Zusammenlebens im amerikanischen Recht¹⁾ gingen davon aus, daß die Verfolgung der oben aufgezählten Schlüsselfragen²⁾ nach den Traditionen der Gesellschaft und dem gemeinschaftlichen Bewußtsein zur Annahme von "fundamental rights" zugunsten des nichtehelichen Zusammenlebens führen; die Beantwortung der Schlüsselfragen taucht vielerorts in einschlägigen Entscheidungen zum nichtehelichen Zusammenleben auf³⁾.

Ein "compelling state interest", das der Annahme eines Grundrechts entgegenzustehen vermag⁴⁾, kann hauptsächlich darin gesehen wer-

1) breite Aufstellung und Rezension bei Note, 77 Michigan Law Review 252 ff. sowie State of New Jersey v. Saunders, 381 A.2d 333 (1977), 337 ff.

2) s.S. 74, 75

3) vgl. Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 122: "The mores of society have indeed changed so radically in regard to cohabitation that we cannot impose a standard based on alleged moral considerations that have apparently been so widely abandoned by so many." s.a. In re Estate of Thornton, 499 P.2d 864 (1972), 867

4) Bei dem "compelling state interest" handelt es sich wohl um eine Einrichtung, die weder mit den verfassungsimmanenten Schranken, noch mit dem Gesetzesvorbehalt des deutschen Verfassungsrechts hinreichend erklärt werden kann. Das "widerstreitende staatliche Interesse" scheint vielmehr die Umschreibung eines übergeordneten Gesichtspunktes, der allein geeignet ist, herkömmliche und herrschende Strömungen ("society's traditions", "collective conscience") in einer Gesellschaft nach Maßstäben politischer Verantwortung über den Tag hinaus unter verfassungsrechtlichen Aspekten zu begrenzen. Vgl. dazu auch Note, 77 Michigan Law Review 252 (298). So existiert ein "compelling state interest" bei der staatlichen Anwendung von Strafgesetzen, die zum Wohle und zum Schutz anderer Grundrechte der Bürger geboten ist, so State of Montana v. Coleman, 616 P.2d 1090 (1980) 1096

den, die - von Staats wegen - unerwünschte Geburt von nichtehelichen Kindern und die Zunahme von Geschlechtskrankheiten zu verhindern¹⁾, oder, wie Mary Ann Glendon den Widerstreit treffend ausdrückt, "the social goals of sex equality and individual liberty are in tension with other important social goals such as the muture of future citizens and the promotion of family stability"²⁾.

Ein solches Interesse des Staates würde jedoch zuviele unerwünschte Effekte bewirken: die Bestrafung von Eltern mit nichtehelichen Kindern würde den Versuchen entgegenlaufen, den Kindern ein psychologisch und ökonomisch sicheres Heim zu bieten³⁾, die Bestrafung von Geschlechtskranken könnte Programme beeinträchtigen, solche Kranken zu finden und sie zu behandeln⁴⁾.

Gesetze, die vor der Bestrafung den unerwünschten Erfolg zu verhindern versuchen, mögen zwar einem berechtigten Interesse des Staates entsprechen⁵⁾, sie sind jedoch wirkungslos, solange sie nicht beachtet oder vom Staat nicht durchgesetzt werden⁶⁾.

Der Hinweis von Mary Ann Glendon auf die Propagierung stabiler Familienbeziehungen durch den Staat hat angesichts der Ausführungen mancher Gerichte zum Recht der elterlichen Sorge an Bedeutung eingebüßt⁷⁾.

1) Note, 77 Michigan Law Review 252 (302) und State of New Jersey v. Saunders, 381 A.2d. 333 (1977), 341

2) vgl. Glendon, 23 American Journal of Comparative Law 1 (3)

3) zu diesem Problem s. die Fallgestaltung von King v. Smith, 392 U.S. 309 (1968) und die Vorentscheidung 277 F.S. 31 (1967), in der eine Verletzung der equal protection clause durch ein Gesetz von Alabama angenommen wurde, das nichteheliche Kinder bei Unterhaltsansprüchen benachteiligte

4) Note, 77 Michigan Law Review 252 (303)

5) ebda., S. 304

6) s. o. S. 66

7) s. Fn. 1 auf S. 9

Eine zwangsweise Durchsetzung von Familienleitbildern ist tatsächlich eine Vorstellung, die durch die Realität vieler Ehen widerlegt wird¹⁾.

Zusammenfassend ist folgendes Ergebnis zu verzeichnen: die Ehe wird in den USA als "basic civil right" von Verfassung wegen geschützt, an diesem Schutz nimmt das nichteheliche Zusammenleben nicht teil. Soweit die Lebensgestaltung in der Ehe durch - nachrangige - Spezialgrundrechte wie das "Right of privacy" und "right of intimacy" vor staatlicher Einmischung bewahrt wird, gilt dies nach der equal protection clause des 14. Amendment auch für das nichteheliche Zusammenleben.

Ob das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit dem nichtehelichen Zusammenleben - im Gegensatz zur Ehe - zusätzlichen Schutz verleiht, ist zweifelhaft.

Für die nachfolgenden Erörterungen ist es weiterhin von Bedeutung, daß die amerikanische Verfassung "Rights in property" ebenso als "basic civil rights" garantiert wie das Recht zu heiraten²⁾.

Leider fehlen amerikanische Entscheidungen, die auf Klagen von Eheleuten zurückgehen, weil sie sich gegenüber nichtehelich Zusammenlebenden benachteiligt fühlen. Es ist nicht ganz verständlich, warum insoweit die verfassungsrechtliche Diskussion sich noch nicht auf die Fälle bezogen hat, in denen Ehegatten steuerrechtlich oder güterrechtlich schlechter gestellt sind als andere Zwei-Personen-Beziehungen³⁾.

Daß eine Aufnahme dieser Diskussion nicht nur lohnend, sondern auch möglich ist, vermag die Tatsache zu zeigen, daß der Anwalt von Michelle Marvin, Marvin M. Mitchelson, sich nach der Marvin-----

1) vgl. auch Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (59)

2) Note, 77 Michigan Law Review 252 (276)

3) s. S. 46/47

Entscheidung in einer Klageschrift in einem anderen Fall auf die equal protection clause bezogen hat und argumentierte, dieser Grundsatz sei verletzt, wenn nicht den Verträgen zwischen Eheleuten gleiche Wirkung zukommen könnte wie zwischen unverheirateten Paaren¹⁾.

§ 2) Verfassungsrechtliche Erwägungen in der Bundesrepublik Deutschland

Die Akzente in der verfassungsrechtlichen Beurteilung in der Bundesrepublik Deutschland sind anders gesetzt.

Dies wurde zuerst deutlich an einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1958²⁾, in der über die Verfassungsmäßigkeit des § 149, Abs. 5 AVAVG geurteilt wurde, einer Norm, die dem heute geltenden § 122 BSHG ähnelt.

Das Gericht vertrat die Auffassung, es entspreche der Tendenz des Art. 6, Abs. 1 GG, eheähnliche Gemeinschaften hinsichtlich der materiellen Grundlagen gegenüber rechten Ehen nicht zu begünstigen³⁾. Dieses Begünstigungsverbot entspricht der einhelligen Meinung⁴⁾. Das gleiche Ergebnis folgt im übrigen aus einer Anwendung des in Art. 3, Abs. 1 GG enthaltenen allgemeinen Gleichheitssatzes, der es verbietet, wesentlich Ungleiches rechtlich gleich zu regeln.

1) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1714, Fn. 47 mwN)

2) BVerfGE 9, 20 ff.

3) BVerfGE 9, 20 (35); so auch BVerwGE 15, 306 (316) und BVerfG, FamRZ 1980, 1093 (1095)

4) vgl. von Münch, E.M., Art. 6, Rdz. 3; Leibholz-Rinck, Art. 6, Rdz. 4; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 6, Rdz. 7; Maunz-Düring-Herzog, Art. 6, Rdz. 13; zuletzt VG Berlin, NJW 1980, 1589 (1590)

Absolut unhaltbar m.E. die ohne weitere Begründung vertretene Ansicht des OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265 (266). "Die Privatrechtsordnung gesteht in Übereinstimmung mit Art. 6 I GG nur den Partnern einer rechtsgültigen Ehe im Falle der Beendigung Rechte am Vermögen jeweils des anderen Partners oder Ausgleichsansprüche zu."

Zwar besteht kein unbedingter und zwingender Vorrang des Art. 6, Abs. 1 GG¹⁾, vielmehr kommt es darauf an, welche der beiden konkurrierenden Verfassungsnormen primär als verletzt anzusehen ist. Grundlage dafür bildet die Antwort auf die Frage, welche von beiden Normen nach ihrem spezifischen Sinngehalt die stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt hat und sich deshalb als der adäquate Maßstab erweist²⁾.

Art. 6, Abs. 1 geht demgemäß jedoch dann als spezieller Prüfungsmaßstab dem Art. 3, Abs. 1 GG vor, wenn die gesetzliche Vorschrift nicht an die Eheschließung anknüpft, das heißt, der rechtliche Nachteil nur Eheleute, nicht auch Dritte, trifft³⁾.

Im Gegensatz zum amerikanischen Recht, das bei der Anwendung des Gleichheitssatzes ähnliche Grundsätze vertritt, wenn auch in einem anderen Umfang⁴⁾, hat das Einkommensteuerrecht der Bundesrepublik Deutschland den Anlaß gegeben, dieses Normenverhältnis klarzustellen.

Das Bundesverfassungsgericht⁵⁾ hatte sich mit der Zusammenveranlagung von Ehegatten zur Einkommensteuer nach § 26 EStG a.F.⁶⁾ auseinanderzusetzen. Es kam zu dem Ergebnis, diese Regelung sei mit Art. 6, Abs. 1 GG nicht vereinbar und daher nichtig, weil sie infolge des auf die Individualbesteuerung des einzelnen Steuer-

1) Leibholz-Rinck, Art. 6, Rdz. 3

2) ebda.

3) ebda.

4) Krause, FamRZ 1969, 304 (305)

5) BVerfGE 6, S. 55 ff.

6) v. 17. Januar 1952 (BGBl. I, 33)

pflichtigen angelegten progressiven Steuertarifs bei den zusammengerechneten Einkommen eine steuererhöhende Wirkung hatte und diese benachteiligende Ausnahmenvorschrift sich gerade nur gegen die eheliche Gemeinschaft richtete¹⁾.

Abgesehen von dieser recht deutlichen Rechtsprechung besteht jedoch Streit: eine Stimme aus der Literatur²⁾ fordert, das nicht-eheliche Zusammenleben mit der Ehe auch in positiver Hinsicht gleichzustellen, wenn man bei einer gleichartigen Belastung keine Bedenken habe³⁾. Eine weitere Auffassung⁴⁾ wendet sich gegen eine solche Gleichstellung, da dies den verfassungsrechtlichen Grenzen nicht Rechnung tragen würde.

In der neueren Literatur wird vereinzelt⁵⁾ der Versuch unternommen, einen Wandel in der Bedeutung des Art. 6 GG zu erkennen. Von Münch⁶⁾ lehnt diesen Versuch entschieden ab: Der Verfassungs-

- 1) zu dieser Entscheidung vgl. von Münch, E.M., Art. 6, Rdz. 12 (mit weiteren steuerrechtlichen Nachweisen); Maunz-Düring-Herzog, Art. 6, Rdz. 13; Leibholz-Rinck, Art. 6, Rdz. 3 und 5a; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 6, Rdz. 7, ähnlich auch der Parteienvortrag bei BVerfG, FamRZ 1980, 1093 (1094)
- 2) unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot und OLG Hamm, NJW 1978, 224 s. Bartsch, JR 1979, 364 (366)
- 3) in Schweden bestand sogar eine Anweisung des Justizministers an die Familienrechtskommission, bei der zukünftigen Gesetzgebungsarbeit die Einrichtung der Ehe nicht gegenüber and. Formen des Zusammenlebens zu bevorzugen, vgl. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 496; ablehnend Lipp, AcP 180 (1980), 537 (541 f.); nach Neuhaus, FamRZ 1982, 1 (3) stellt sich hier die Frage der Gerechtigkeit
- 4) Rübner, SchlHA 1979, 65 (66); von Münch, I., bei Landwehr aaO., 150; Rübner, bei Landwehr aaO., S. 97; vorsichtig Battes, ZHR 1979, 385 (386)
- 5) s. Fn. 4 auf S. 50; zum Einfluß gesellschaftlicher Auffassungen auf das Verfassungsrecht s. Braga, FSchr. Beitzke aaO., 147 ff; Lecheler, FamRZ 1979, 1 (4, Fn. 42) mN auf Maunz-Düring-Herzog, Art. 3, Rdz. 22
- 6) bei Landwehr aaO., S. 140, 141

gesetzgeber habe bei Schaffung dieser Norm den Tatbestand des nichtehelichen Zusammenlebens bereits gekannt¹⁾. Allein die zahlenmäßige Zunahme solcher Verhältnisse lasse Artikel 6, Abs. 1 GG auch nicht in "neuer Beziehung oder Bedeutung" erscheinen.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht, wenn man den Familienbegriff des Art. 6 GG untersucht.

Das nichteheliche Zusammenleben kann zwar in einzelnen rechtlichen Zusammenhängen als Familie aufgefaßt werden: So hat das Bundessozialgericht²⁾ bezüglich § 550, Abs. 3 RVO entschieden, daß die Frage, ob eine Wohnung eine Familienwohnung sei, nicht schon deshalb verneint werden könne, weil die Beziehungen zwischen dem Versicherten und der Wohnungsinhaberin nicht durch eine Eheschließung legalisiert seien. Ebenso kann bei der Anwendung des § 531 BGB und des § 35 StGB ein weiterer Familienbegriff in Erwägung gezogen werden, der auch die nichtehelich zusammenlebenden Partner erfaßt³⁾.

Anders hingegen ist die versicherungsrechtliche Beurteilung, so-

- 1) zur Verfassungsgeschichte s. Mell, FSchr. Demelius aaO., 157; Stückradt, aaO., S. 28 sowie Schlüter, aaO., S. 15, dort Fn.48
- 2) BSGE 25, 93 (95, 96); ähnlich auch BSGE 17, 270 (272); dazu Behn, ZblJugR 1980, 1 (5)
- 3) Kumme, Wer zählt rechtlich zur Familie? ZblJugR 1978, 360 (362); nach Gernhuber, FamRZ 1981, 721 (726) "drängt" der "freie Lebenspartner" in die Familie;
Neuhaus, FamRZ 1982, 1, stellt fest: "Die Tendenz geht offenbar zur Ausdehnung auf nichteheliche Gemeinschaften", wenn auch, so ebda., S. 5, "der vom Grundgesetz zugesagte besondere Schutz für Ehe und Familie aber faktisch begrenzt ist"

weit § 67, Abs. 2 VVG¹⁾ betroffen ist: Das OLG Schleswig²⁾ entschied, die Zusammenlebenden seien nicht als Familienangehörige im Sinne dieser Bestimmung aufzufassen³⁾.

Eine ähnlich unterschiedliche Beurteilung ist übrigens auch im amerikanischen Recht festzustellen; so meinte Justice Elkington im Fall *In re Marriage of Cary*⁴⁾, "the relationship between Paul, Janet and their children must reasonably be deemed that of a family, coming within the broad purview of the Family Law Act." Im Gegensatz dazu schlossen vereinzelt "zoning laws" die nichtehelich Zusammenlebenden ausdrücklich von einer Einbeziehung in den Familienbegriff aus⁵⁾. Im Unterschied zur einfachgesetzlichen Behandlung des Familien- oder Angehörigenbegriffs⁶⁾ hat das Verfassungsrecht die Familie recht eindeutig definiert als Gemeinschaft von Eltern mit ihren Kindern⁷⁾. In diesem Sinne könnte auch das nichteheliche Zusammenleben unter Einschluss gemeinsamer Kinder eine von Art. 6, Abs. 1 GG erfaßte Familie sein⁸⁾. Hier ist aber wohl das Bundesverfassungsgericht zu einer abschließenden Entscheidung gekommen: in einem Fall, in dem ein nichtehelicher Vater in Übereinstimmung mit der Kindesmutter eine Teilhabe am Sorgerecht begehrte, vertrat das Gericht mit umfangreicher Begründung die Auffassung, die Verfassungsnorm gehe von dem Regelfall aus, daß das Kind mit den durch die Ehe verbundenen Eltern in einer Familiengemeinschaft zusammenlebe⁹⁾.

- 1) Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 (RGBl. S. 263), § 67, Abs. 2 "Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen, so ist der Übergang ausgeschlossen, der Anspruch geht jedoch über, wenn der Angehörige den Schaden vorsätzlich verursacht hat."
- 2) VersR 1979, 669; s.a. Gotthardt, Lebensgefährten mit beschränkter Haftung, FamRZ 1980, 17 f.
- 3) dazu auch BGH FamRZ 1980, 548 (549) sowie AG München, DAR 1981, 358 mit Anm. Bosch, FamRZ 1982, 65 und Gernhuber, FamRZ 1981, 721 (726)

- 4) 109 Cal.Rptr. 862 (1973), 863
- 5) s. S. 71 Fn. 3
- 6) ausf. Strätz, FamRZ 1980, 301 (308) und im Strafrecht oben S. 59 f. sowie Lecheler, FamRZ 1979, 1 (2ff.)
- 7) von Münch, I., bei Landwehr aaO., 141; von Münch, E.M., Art. 6 GG, Rdz. 4; Leibholz-Rinck, Art. 6, Rdz. 4; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 6, Rdz. 6; Maunz-Düring-Herzog, Art. 6, Rdz. 16
- 8) von Münch, I., bei Landwehr aaO., 142; anderer Ansicht dagegen wohl Lecheler, FamRZ 1979, 1(2) mit Nachweis auf BVerfGE 36, 146 (167); war aber nicht der Ausgangspunkt und auch die Fallkonstellation für das Gericht ganz anders? Nicht ganz eindeutig Schlüter, aaO., S. 16
- 9) BVerfG FamRZ 1981, 429 (433).

Auf die verfassungsrechtliche Diskussion intensiv einzugehen, würde den hier gesetzten Rahmen sprengen. Sie betrifft auch und vor allem die Außenbeziehungen der Partner. Wo insoweit bei der folgenden Betrachtung verfassungsrechtliche Erwägungen von Bedeutung sind, werden sie am Einzelfall behandelt werden.

Eine Einschränkung ist aber auch hier zu machen. Zwar scheint vor-dergründig weder der Schutz der Ehe noch der Schutz der Familie in Art. 6, Abs. 1 GG betroffen zu sein, wenn nach der Beendigung der Partnerschaft ein Vermögensausgleich stattfindet oder Unterhaltsansprüche bestehen.

Ein anderes hat aber das OLG Saarbrücken¹⁾ hinsichtlich der Anwendung der §§ 1371 und 1931 BGB auf das nichteheliche Zusammenleben angenommen, da eine analoge Anwendung der Wertung widersprechen würde, daß Ehe und Familie unter besonderen staatlichen Schutz gestellt sind, wobei das geltende Familienrecht doch zumindest mit als eine Ausprägung dieses Grundsatzes zu betrachten sei.

Das vom OLG gefundene Ergebnis mag richtig sein, allein die Begründung überzeugt nicht. Inwiefern sollte der Schutz der Ehe betroffen sein, wenn dem Überlebenden Partner der nichtehelichen Verbindung ein ehedgleiches Erbrecht zugesprochen wird? Viel näher hätte es gelegen, die Analogiefähigkeit der Vorschriften unabhängig von verfassungsrechtlichen Wertungen zu prüfen²⁾.

Insofern ist die Auffassung des BGH³⁾ zur Testierfreiheit des Erblassers bei Zuwendungen an seinen nichtehelichen Partner überzeugender, wenn das Gericht darstellt, die Einschränkung der Testierfreiheit sei nicht wegen Art. 6 GG, sondern auf Grund von § 138 BGB gerechtfertigt bei testamentarischer Übergehung der ehelichen Witwe

1) FamRZ 1979, 796 (797 mwN)

2) so wohl Strätz, FamRZ 1980, 301 (306)

3) BGHZ 53, 369; BGHZ 52, 17 (19)

und/oder Kindern aus der ehelichen Beziehung.

Die Entscheidung des OLG Saarbrücken steht auch nicht im Einklang mit einem Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts¹⁾, in dem ein ehedegliches Erbrecht einer Lebensgefährtin nach israelischem Recht²⁾ bestätigt wurde, da ein solches - gesetzliches - Erbrecht nicht gegen den deutschen ordre public (Art. 30 EGBGB) verstoße. Auch nach dem Grundsatz des Art. 30 EGBGB darf nämlich eine Regelung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und den in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen nicht in einem so schwerwiegenden Widerspruch stehen, daß seine Anwendung für untragbar angesehen werden muß³⁾. Bei solchen Erwägungen ist auch der Grundgedanke des Art. 6 GG, wenn auch auf Umwegen, für eine Entscheidung heranzuziehen, wie es das zitierte Münchener Urteil zeigt: dort ist die deutsche Rechtsprechung zum Mätressentestament zum Maßstab genommen worden, an dem die israelische Regelung überprüft und als (noch) tragbar akzeptiert wurde.

Zusammenfassend ist mithin festzustellen, daß sich weder aus dem amerikanischen noch dem deutschen Verfassungsrecht unmittelbare Regelungsverbote oder -gebote herleiten lassen, die unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Ehe und Familie bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens eine Vermögensauseinandersetzung oder die Beurteilung von Unterhaltsansprüchen beeinflussen können. Dies jedenfalls insoweit, als das "ob" einer Regelung angesprochen ist. Wenn allerdings eine Regelung getroffen wird, so muß sich diese in ihrer Ausgestaltung noch einmal in gleicher Weise überprüfen lassen müssen - mit möglicherweise negativem Ergebnis.

1) FamRZ 1977, 490 =NJW 1976, 2076; vgl. auch Simitis, Gute Sitten und ordre public, S. 123, 195 ff.

2) § 55 i.V.m. § 11a) Nr. 1 ErbG

3) BayObLG aaO., S. 494 mwN

4) vgl. unten S. 130, 131

II. Zum Problem der Sittenwidrigkeit

Auf einer anderen Ebene als der verfassungsrechtlichen wird die Diskussion über die Sittenwidrigkeit der nichtehelichen Beziehung geführt. Sie befaßt sich mit dem Rechtsgeschäft und den Konsensualabreden, nicht mit normativen Regelungen.

Nach § 138, Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen die guten Sitten verstößt. Wird also dem nichtehelichen Zusammenleben eine rechtsgeschäftliche Grundlage unterstellt oder eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung mit ihm verknüpft, so steht und fällt die Wirksamkeit der juristischen Beziehung mit der Frage, ob - wenn auch nicht das Zusammenleben selbst - die zugrunde gelegte Regelung mit den guten Sitten vereinbar ist.

§ 1) Die Beurteilung der "consideration" im amerikanischen Recht

Eine ähnliche Regelung enthält das amerikanische Recht. Hier ist es aber nicht das Rechtsgeschäft, sondern die "consideration"¹⁾ - eine Besonderheit des anglo-amerikanischen Rechts - an Hand derer die Art der Beziehung eine Rolle spielen kann. Consideration ist etwas unzulänglich mit 'Gegenleistung' übersetzt²⁾, sie kann auch das Gegenversprechen des Leistungsempfängers sein.

Das amerikanische Recht überprüft, ob die consideration z. B. eines Zusammenlebensvertrages mit den guten Sitten ("public policy") vereinbar ist. Gerade der Verstoß gegen die public policy war in vielen Fällen der Grund, nach Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens keine weiteren Rechtsansprüche der Partner anzunehmen³⁾.

1) vgl. dazu den "cause" im französischen Recht (Namgalies, aaO., S. 77); zur "consideration" im englischen Recht ebda., S. 109

2) Parker, aaO., S. 128; zur cons. auch Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag, S. 83

3) s. Fn. 2 und 3 auf S. 90 und Crutchfield, 19 Journal of Family Law 247 (259)

Diese Auffassung änderte sich jedoch mit zunehmender gesellschaftlicher Tolerierung¹⁾. Wurde vor wenigen Jahren noch angenommen, die consideration eines Zusammenlebensvertrages liege im Zusammenleben als solchen und sei daher unwirksam²⁾ oder allein in der geschlechtlichen Beziehung und verstoße deswegen gegen das Prinzip von der public policy³⁾, so sind nunmehr, auch durch den Einfluß der Marvin-Entscheidung⁴⁾, die Gewichte anders gesetzt.

Im ausdrücklich betonten Gegensatz zu der sehr restriktiven Auffassung in den Fällen Hill v. Westbrook's Estate⁵⁾ und Bridges v. Bridges⁶⁾ kam Justice Tobriner zu der Ansicht, ein Vertrag zwischen nicht miteinander verheirateten Partnern sei nur in dem Umfang unwirksam, in dem er auf der sittenwidrigen und ungesetzlichen consideration von unzüchtigen sexuellen Handlungen beruhe⁷⁾.

Daß die Marvin-Entscheidung keine radikale Umkehr, sondern eine Akzentverschiebung bedeutet, mögen die Ausführungen des Richters zeigen, die einen Bogen schlagen von der ersten grundlegenden Ent-

- 1) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 122: "The mores of the society have indeed changed so radically ..."; s.a. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (686); Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (973) und Hubbard-Larsen, 19 Journal of Family Law 655 (685) zum Verhältnis von Recht und Moral
- 2) Kay-Amyx, ebda., S. 942 mwN und S. 943
- 3) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1713); vgl. auch Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913 (1978), 918
- 4) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1711):
"The decision in Marvin openly responds to the change in social attitudes toward unmarried cohabitation"
- 5) 247 P.2d 19 (1952)
- 6) 270 P.2d 69 (1954)
- 7) 557 P.2d 106 (1976), 112; akzentmäßig völlig anders Joan S. v. John S. 427 A.2d 498 (1981)

scheidung zur Frage der unwirksamen consideration, dem Fall *Trutalli v. Meraviglia*¹⁾, bis zu seiner Feststellung einer "clear and simple rule: The fact, that a man and a woman live together without marriage, and engage in a sexual relationship, does not in itself invalidate agreements between them relating to their earnings, property or expenses. Neither is such an agreement invalid merely because the parties may have contemplated the creation or continuation of a nonmarital relationship when they entered into it. Agreements between nonmarital partners fail only to the extent that they rest upon a consideration of meretricious sexual services"²⁾.

Diese Auffassung von Justice Tobriner wurde auch in der Folgezeit³⁾ vertreten. Es gilt mithin für den amerikanischen Richter nicht die Vermutung, die Beziehung beruhe auf sexuellen Erwägungen. Andere considerations, wie ein Versprechen, den Haushalt zu führen, seien selbstverständlich angemessen und in Übereinstimmung mit dem Recht⁴⁾.

Damit ist für das nichteheliche Zusammenleben ein ganz wesentlicher (auch prozessualer) Aspekt verknüpft: ähnlich wie in der deutschen Rechtsprechung zum Mätressentestament besteht somit in den USA nicht mehr die Vermutung, die Beziehung beruhe auf sexuellen Erwägungen. Die Behauptungs- und Beweislast für eine "illicit consideration" richtet sich mithin nach dem allgemeinen Grundsatz, daß sie denjenigen trifft, der das Rechtsgeschäft angreift. Ein Umstand, der in seiner Bedeutung für die juristische Einordnung

1) 12 P.2d 430 (1932); vgl. dazu Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1942)

2) 557 P.2d 106 (1976), 113

3) vgl. *Kozlowski v. Kozlowski*, 395 A.2d 913 (1978), 918, 919; *McCullon v. McCullon*, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 231-233

4) s. mwN Fn. 5 bei *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976), 113

des nichtehelichen Zusammenlebens sehr hoch zu bewerten ist, denn wer konnte schon beweisen, daß seine Verbindung zum nichtehelichen Partner über die sexuelle Motivation hinausging, selbst wenn er seinen Prozeßvortrag mit Tatsachen (!) füllen konnte¹⁾.

Interessanterweise schienen Lee Marvins Prozeßvertreter eine solche Argumentation des Gerichts erwartet zu haben, denn sie stellten darauf ihre Prozeßtaktik ab. Um vertragliche Vermögens- oder Unterhaltsansprüche von vornherein an einer unwirksamen consideration scheitern zu lassen, deutete ein Anwalt von Marvin, Mark Goldman, an, er wolle die Klägerin "genau darüber vernehmen, wie oft sie sich einer Gegenleistung für die Millionen mit dem Hinweis 'Ich habe heute Kopfschmerzen' entzogen habe"²⁾.

Die Grenzen der Sittenwidrigkeit sind somit im amerikanischen Recht durch das nichteheliche Zusammenleben allein noch nicht überschritten.

Zwar wird festgestellt, die Partner lebten "outside the accepted mainstream of middle class America"³⁾, dennoch sagen nach Umfrageergebnissen 52 % aller Amerikaner, das nichteheliche Zusammenleben sei nicht unmoralisch⁴⁾.

§ 2) Sittenwidrigkeit nach deutschem Recht

Noch weiter als in den Vereinigten Staaten geht die Anerkennung in der Bundesrepublik Deutschland. Die Wickert-Institute kamen 1977 zu dem Ergebnis, jeder zweite ledige Deutsche sei bereit, ohne Trauschein mit einem Partner zusammenzuleben⁵⁾.

1) vgl. S. 34 f. und 99

2) nach einem Bericht von Helmut Voss in Die WELT vom 8.1.1979, S. 10

3) Beck, 17 Journal of Family Law 685 (686)

4) McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 228; vgl. auch Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (170) mwN

5) Strätz, FamRZ 1980, 301 (302) mN auf SZ vom 27.6.1977

Das Institut für Demoskopie Allensbach veröffentlichte Umfrageergebnisse, wonach im März/April 1978 nur noch ca. 40 % der Mitbürger - gegenüber nahezu 90 % in den Jahren 1949 und 1963 - die Ehe als Institution grundsätzlich für notwendig halten; mehr als ein Viertel - gegenüber früher nur 3 % - erklärt sie für überlebt¹⁾.

Nach anderen Veröffentlichungen ist der Anteil derjenigen, die sich vorstellen könnten, unverheiratet zusammenzuleben, bei den Frauen zwischen 1967 und 1978 von 25 % auf 92 %, bei den Männern von 48 % auf 78 % gestiegen²⁾.

a) Allgemein

So ist es kein Wunder, wenn Aussagen des BGH in etwas älteren Urteilen, die sich mit der Sittenwidrigkeit des nichtehelichen Zusammenlebens auseinandersetzten³⁾, oder die Rolle der Ehe definieren, und etwa lauteten wie "Ehe ist ein Institut im Rahmen der vorgegebenen Sittenordnung und diese sittlichen Normen sind unmittelbar das Richtmaß für die rechtliche Ordnung menschlicher Verhältnisse"⁴⁾ oder "die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist"⁵⁾, von der neueren Literatur zum Teil scharf angegriffen werden, im Zusammenhang mit mit der Rechtsprechung des BGH zum sogenannten "Mätressentestament"

1) Strätz, aaO.

2) Strätz, aaO., mwN;

nach der FAZ vom 16.7.1973, S. 7 tolerieren fast 70 % das unverheiratete Zusammenleben von Mann und Frau

3) s. BGHSt 6, 46 ff., sowie die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen zugunsten einer Geliebten

4) BGHZ 18, 13 (19) und FamRZ 1960, 187 (188) nach Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (239)

5) BGHSt 6, 46 (53); Zum Einfluß des kanonischen Rechts und kirchlicher Moralauffassungen s. die in der Anmerkung von Bosch, FamRZ 1960, 191 f. zu den Urteilen BGH FamRZ 1960, 187 und 190 deutlich werdende Kontroverse

sogar von 'sittenrichterlicher Anmaßung'¹⁾ gesprochen wird.

Allerdings hat heute ein gewisser Überzeugungswandel von der Sittenwidrigkeit der nichtehelichen Beziehung eingesetzt²⁾.

Leitlinie für eine Sittenwidrigkeitsbeurteilung ist nämlich, trotz aller berechtigten Kritik an diesem Beurteilungsmaßstab³⁾, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden⁴⁾. Nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁾ muß bei dem Urteil darüber, was die guten Sitten jeweils im Einzelfall fordern, in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt

- 1) Speckmann, JZ 1969, 733 (735); um einer solchen Kritik vorzubeugen, beruft sich Justice Paras in seiner concurring opinion zu Beckman v. Mayhew, 122 Cal.Rptr. 604 (1974) 608 auf den Unterschied zwischen Moralität und Chauvinismus
- 2) vgl. auch OLG Frankfurt, FamRZ 1971, 646 (647); Battes, ZHR 1979, 385 (403); auch Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (56); s. dagegen ders., Ehe und Recht, S. 69 (1962): "monogame Ehe allein zu unserer Kultur passende Ordnungsform der geschlechtlichen Beziehungen" besonders pointiert Bosch, Anm. zu OLG Hamm, FamRZ 1977, 318 (321), indem er meint, die Entscheidung bedeute endlich ein mutiges Wort gegenüber dekadenten Zeiterscheinungen, das nicht nur Respekt, sondern uneingeschränkte Zustimmung verdiene. Eine andere Form des "compelling state interest" auch im deutschen Recht? Die "Zeiterscheinungen" werden demoskopisch bestätigt von Wingen, FamRZ 1981, 331 (332 f.), der insbesondere kein Verdikt durch Bevölkerung und Gesetz mehr erkennt
- 3) Scheepers, Ächtung des Konkubinats mit rechtlichen Folgerungen?, ZRP 1978, 13 (14) nennt es die "aberratio vom Gebiet der Moral in das des Zivilrechts"; ausführlich auch Limbach, NJW 1980, 871 (873) und Kunigk, aaO., S. 20 f. sowie Neuhaus, FamRZ 1981, 1 (4)
- 4) MünchKomm-Mayer-Maly zu § 138, Rdz. 14; Soergel-Hefermehl, § 138, Rdz. 3; Palandt-Heinrichs, § 138, Anm. 1 b)
- 5) BVerfGE 7, 198 (206) = NJW 1958, 257

seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Daraus lassen sich für den hier in Rede stehenden Problembereich mehrere Schlußfolgerungen ziehen: - es ist stets eine Beurteilung an Hand des Einzelfalls zu vollziehen - eine generelle Sittenwidrigkeit gibt es nicht, allenfalls Failtypisierungen; - es kommt bei aller Vorsicht gegenüber demoskopischen Ergebnissen¹⁾ wie den vorstehenden auf erkennbare Wertvorstellungen in den jeweils betroffenen Verkehrskreisen an; - besonders wichtiges Element der Konkretisierung der guten Sitten bilden die Grundrechte; unter anderem auch Art. 6, Abs. 1 GG²⁾.

Daß die Auslegung des Art. 6 GG zu dem Ergebnis führt, der Schutz von Ehe und Familie sei nicht zwingend betroffen, wenn nicht das nichteheliche Zusammenleben bewußt und nicht als Reflexwirkung³⁾ zu einer Bevorzugung gegenüber der Ehe führt, wurde oben⁴⁾ schon festgestellt. Jeder Richter, der Wertvorstellungen in der Bevölkerung zur Grundlage einer Beurteilung machte, welche die Sittenwidrigkeit des nichtehelichen Zusammenlebens annimmt, würde zu Recht mit dem Vorwurf konfrontiert, er habe verkannt, wie sehr diese Lebensform in der Bevölkerung verbreitet und wieviel mehr noch sie toleriert wird. Auch für ihn zeigt sich deutlich erkennbar, daß eine Zwei-Personen-Beziehung außerhalb der staatlich vorgesehenen Ehe offensichtlich nicht auf eine einhellige Verurteilung durch die Bevölkerung stößt.

1) kritisch: Mayer=Maly, aaO., Rdz. 14; im Gegensatz dazu nennt Hefermehl die Demoskopie eine Entscheidungshilfe für den Richter in Gestalt von Fakten zur Ermittlung herrschender Moralvorstellungen (Soergel-Hefermehl, § 138, Rdz. 8 mwN); s.a. Benda, JZ 1972, 497; Siemens, aaO., S. 72; Gotthardt, FamRZ 1980, 17 (18) und Schickedanz, NJW 1975, 1890 (1891)

2) Soergel-Hefermehl, § 138, Rdz. 9; Mayer=Maly, aaO., § 138, Rdz. 17

3) Zuck, FamRZ 1979, 873 (876) mN auf BVerfGE 6, 55 (77) = FamRZ 1957, 82 (84)

4) S. 81 ff.

Bezeichnend sind schon Urteile wie das des Bundesverwaltungsgerichts von 1977¹⁾, in dem es feststellt, das nichteheliche Zusammenleben sei eine typische Erscheinung des sozialen Lebens, oder des OLG Hamm²⁾, das der Meinung ist, auch wenn der Schutz der Ehe garantiert sei, so folge daraus nicht, daß andere Beziehungen von der Rechtsordnung nicht geschützt würden. Der Freiheit und Entfaltungsmöglichkeit des Individuums sei ein gleichrangiger Stellenwert zuzumessen.

Selbst wenn man davon ausgeht, der Moralverfall in den Städten sei soweit fortgeschritten, daß man nach den Anschauungen des gesunden Volkes auf dem flachen Land schauen müßte³⁾, wird man entdecken, daß man in vielen moralisch gefestigten Bauernfamilien von jeher nichts Anstößiges darin sah, erst dann zu heiraten, wenn die Geburt eines Hoferben mit hinreichender Sicherheit zu erwarten stand⁴⁾. Aus Japan⁵⁾ und Schweden wird im übrigen Ähnliches berichtet. Ein allgemeines Sittenwidrigkeitsverdikt scheint nach alledem nicht gerechtfertigt⁶⁾. Vielmehr ist der besonderen Gestaltung des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

- 1) BVerwG FamRZ 1977, 392 (393)
- 2) NJW 1978, 224; s.a. LG Bonn, NJW 1976, 1690 und dazu Schwab, bei Landwehr aaO., 80
- 3) zur Kritik an einer solchen Betrachtung, wie sie auch der BGH in BGHZ 31, 210 ff. vorgenommen hat, s. OLG Köln, FamRZ 1978, 252 (253)
- 4) Siemens, aaO., S. 127; Breithaupt, Anmerkung zu BGH NJW 1968, 932 (933)
- 5) Müller-Freienfels, ZEE 1980, 55 (62)
- 6) Strätz, FamRZ 1980, 301 (305, Fn. 49) und Battes, ZHR 1979, 385(404); insofern nicht plausibel die Auffassung des AG Bruchsal, FamRZ 1981, 447, von der Mißbilligung durch die Rechtsordnung

b) Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen:

Stichwort: "Mätressentestament"

Hierzu hat vornehmlich die Rechtsprechung, in erster Linie die des BGH, zur Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen zu Gunsten der Lebensgefährtin, Maßstäbe entwickelt, die im Übrigen die Verwandtschaft ihrer Gedankengänge mit dem amerikanischen Recht nicht verbergen können¹⁾.

So entschied der BGH²⁾, es gehe im Rahmen des § 138 BGB nicht entscheidend um die Beurteilung eines Verhaltens einer Person und um Sanktionen für unsittliches Verhalten, sondern es gehe allein um die Frage der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts, bei der naturgemäß die Art des Verhaltens der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten von Bedeutung werden kann³⁾.

Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der geschlechtliche Verkehr zwischen nichtehelich Zusammenlebenden auch heute noch grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen ist⁴⁾, oder ob zwischen dem nichtehelichen Zusammenleben und einer vertraglichen Vereinbarung ein Zusammenhang besteht⁵⁾. Vielmehr ist das Gesamtbild aus den Umständen zu prüfen⁶⁾.

1) s. S. 89

2) BGHZ 53, 369 (375)

3) vgl. ebenso Justice Mattina in McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S. 2d 226 (1978), 232: "It seems clear that in both cases the court was attempting to separate a moral judgement relating to sexual behaviour from the judicial determination of property ownership by the removal of legal impediments imposed solely as a result of the non-marital relationship." unter Bezugnahme auf die Cary- und die Marvin-Entscheidungen

4) so Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 27 mwN

5) ebda., S. 61

6) BGH FamRZ 1965, 368

So hat der BGH in seinen wohl die Diskussion insoweit abschließenden¹⁾ Urteilen zum "Mätressentestament" von 1969 und 1970 unter Anwendung dieser Prinzipien festgestellt, ein Testament sei nur dann wegen Sittenwidrigkeit unwirksam, wenn es an "Belohnungsgesichtspunkten" ausgerichtet sei²⁾: es dürfe nicht für die geschlechtliche Hingabe belohnen. Ansonsten beschränke das sittliche Prinzip³⁾, das in der gesetzlichen Erbfolge zum Ausdruck komme, nicht die Freiheit des Erblassers, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen. Diese Testierfreiheit genieße auch den Vorrang gegenüber Ehe und Familie⁴⁾. Eine Einschränkung ist jedoch nach Ansicht des BGH dann zu machen, wenn durch die Erbeinsetzung Pflichtteilsberechtigte⁵⁾ oder andere Personen, denen gegenüber der Erblasser sittliche Verpflichtungen aufgrund aufopfernder Pflege o.ä. hatte⁶⁾, übergangen werden⁷⁾.

Der BGH möchte die von ihm vertretenen Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Testamenten auch auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden angewandt wissen⁸⁾: danach soll Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit⁹⁾ anzunehmen sein, wenn durch das Rechtsgeschäft einer Frau für ehebrecherische Beziehungen¹⁰⁾ eine Belohnung gewährt oder sie zur Fortsetzung derartiger Beziehungen bestimmt werden solle.

1) grundlegend Siemens, aaO.

2) BGHZ 52, 17 (20)

3) mit Nachweis auf Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 326 ff.

4) BGHZ 53, 369 (374)

5) BGHZ 52, 17 (22, 23); BGHZ 53, 369 (374)

6) BGHZ 53, 369 (377, 378)

7) zur Kritik an der Rechtsprechung insoweit Siemens, aaO., S. 141

8) BGHZ 53, 369 (376)

9) wird Sittenwidrigkeit festgestellt, ist die Folge der Nichtigkeit unausweichlich, vgl. Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 37

10) zum Ehebruch in der Sittenwidrigkeitsbeurteilung Battes, ZHR 1979, 385 (403) mN auf Jeder, aaO., S. 123 ff.

Daß die umstrittenen Testamente nach den beiden genannten Entscheidungen des BGH anders zu beurteilen sind als vorher¹⁾, liegt wohl an einer Änderung der Behauptungs- und Beweislast. Im Gegensatz - was der BGH abstreitet²⁾ - zu seiner vorherigen Rechtsprechung ist er nunmehr der Auffassung, die Zuwendung an eine Geliebte in Form einer letztwilligen Verfügung könne auch aus achtenswerten Beweggründen des Erblassers erfolgt sein, es sei nicht nur eine Belohnungsabsicht denkbar³⁾.

Das Problem der Sittenwidrigkeit betrifft jedoch nicht nur erbrechtliche Probleme.

c) Sittenwidrigkeitsbeurteilung im Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht stellte der BGH fest⁴⁾, ein Gesellschaftsvertrag sei in seiner Gesamtheit nur dann sittenwidrig, wenn er seinem Inhalt nach auf die Verwirklichung eines sittenwidrigen Tatbestandes gerichtet sei. Das sei aber nicht schon deswegen anzunehmen, weil das Fortbestehen der Gesellschaft mit dem nichtehelichen Zusammenleben verknüpft ist⁵⁾.

-
- 1) als "krassester Fall der Entscheidungspraxis" (Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 32) ist BGH NJW 1968, 932 zu nennen; der BGH wurde deswegen zu Recht mit massiver Kritik konfrontiert: vgl. Breithaupt, ebda.; Müller=Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätresentestament", JZ 1968, 441 (insb. 445); ausf. Siemens, aaO. und Lipp, AcP 180 (1980), 537 (555-560)
 - 2) BGHZ 53, 369 (379, 380); vgl. Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 40 und Siemens, aaO., S. 40
 - 3) ebda.; ähnlich wohl die amerikanische Auffassung zur 'consideration'. vgl. S. 89
 - 4) BGH NJW 1970, 1540 (1541)
 - 5) s. dazu Battes, ZHR 1979, 385 (404) und Schwab, bei Landwehr aaO., 69/70

Ebenso hat der BGH den gemeinsamen Hausbau als erlaubten Gesellschaftszweck angesehen und nicht als sittenwidrig betrachtet, obwohl sogar einer der Beteiligten verheiratet war und das Haus beiden als gemeinsame Wohnung dienen sollte¹⁾. Diese Rechtsprechung hat der BGH erst kürzlich ausdrücklich bestätigt, "zumal nichts dafür vorgetragen worden ist, daß der Erblasser etwa wegen seiner Zahlungen Unterhaltsansprüche von Familienmitgliedern oder ähnliche Verpflichtungen vernachlässigt hätte"²⁾.

Die Bedenken, die Schwab³⁾ vor allem gegen die erste Auffassung des BGH vorbringt, vermögen nicht zu überzeugen. Er sieht die Freiheit der sittlichen Selbstbestimmung gefährdet, wo immer man Druck zur Aufrechterhaltung des nichtehelichen Zusammenlebens erzeuge⁴⁾.

Diese Argumentation Schwabs ist nicht ganz schlüssig. Es kann sein, daß einer der Partner das Ende einer Beziehung fürchten mag. Aber des "einen Leid ist des anderen Freud". Zu Recht wendet Battes⁵⁾ gegen eine solche Meinung, die Schwab im übrigen auch bei anderen Lösungswegen vertritt⁶⁾, ein, sie verkenne, daß ein Fehlen eines Ausgleichsanspruchs wegen der Sittenwidrigkeit etwaiger vertraglicher Abmachungen ebenso einen Druck zur Aufrechterhaltung

1) FamRZ 1965, 368 (369); dazu auch Schwab, aaO. und Battes, ZHR 1979, 385 (404);

2) BGH, FamRZ 1980, 664 (665)

3) aaO., S. 68

4) vgl. Battes, ZHR 1979, 385 (405, Fn. 88) zum französischen Recht

5) aaO.

6) bei Landwehr aaO., 75, 76

des Zusammenlebens zu erzeugen vermag. Diesem Druck ist nämlich der weniger finanzkräftige und weniger autarke Partner ausgesetzt, der, abgesehen von der Aussicht auf einen großen Scherbenhaufen, weder einen Arbeitsplatz noch irgendwelche Vermögensrücklagen oder Kapitalquellen zu erwarten hat. Im allgemeinen wird dies die Frau sein, die sich als die den Partner versorgende Hausfrau selbst in erhebliche Abhängigkeit gebracht hätte¹⁾.

Mit einer etwas abweichenden Begründung hat der BGH in einem anderen Fall die Sittenwidrigkeit eines allerdings schon aus anderen Gründen abgelehnten Gesellschaftsvertrages angenommen²⁾: ein verheirateter Mann wohnte mit einer anderen Frau zunächst in einer Wohnung zusammen, ausgenommen an einem Tag in der Woche, an dem er in der ehelichen Wohnung schlief. An eine Eheschließung mit der anderen Partnerin war von vornherein nicht gedacht. Später baute der Mann ein Haus, in dem die Partnerin eine Wohnung bezog. Der Mann überließ die Wohnung mietfrei, die Frau brachte ihr Namensschild an der Wohnungstür an, die Anschlüsse für Strom- und Gasversorgung liefen auf ihren Namen. Auch in der neuen Wohnung lebten die beiden wie bisher zusammen.

Der BGH vertrat in seiner Entscheidung die Auffassung, die Sittenwidrigkeit einer vertraglichen Grundlage ergebe sich zum einen daraus, daß der Ehemann nach wie vor gut mit seiner Ehefrau gestanden habe, mit der anderen Frau also ein Verhältnis auf Abruf unterhalten habe, zum anderen habe die Ausstattung der Wohnung eindeutig dem Zweck gedient, das ehebrecherische Zusammenleben angenehm zu gestalten und zu fördern.

1) vgl. Casad, 77 Michigan Law Review 47 (56) sowie S. 109 ff.

2) BGH FamRZ 1970, 19 (20);
vgl. auch Battes, ZHR 1979, 385 (404, 405)

d) Sittenwidrigkeitsbeurteilung im Schenkungsrecht

Im Schenkungsrecht äußerte der BGH¹⁾, es sei - im Zusammenhang mit der Prüfung der Voraussetzungen des § 817, S. 2 BGB - zu berücksichtigen, ob zwischen dem Schenkenden und dem Beschenkten ein Gefühl echter innerer Bindung bestanden habe, ob der Schenkende sich der Beschenkten gegenüber durch das Geschenk für die von ihr geleisteten Dienste erkenntlich zeigen wollte oder ob er damit einer Verantwortung, die er möglicherweise ihr gegenüber habe, Rechnung tragen wollte. Wenn dies zuträfe, ließe sich nicht sagen, daß eine Schenkung unsittlich sei. Erstaunlicherweise betont der BGH: "Dies gilt auch dann, wenn die bestehenden geschlechtlichen Beziehungen und die Hoffnung, daß sie fortbestehen mögen, den Schenkenden mitbestimmt haben, das Geschenk zu machen"²⁾.

Außerdem faßte der BGH Zuwendungen selbst eines Verheirateten an seinen nichtverheirateten Partner nicht zwingend als sittenwidrig auf³⁾; ein anderes hat jedoch dann zu gelten, wenn durch die Zuwendungen vorhandene Ehepartner und Kinder ungerechtfertigt benachteiligt werden⁴⁾.

Zusammenfassend ist demnach festzustellen: gleichermaßen im amerikanischen wie im deutschen Recht sind das nichteheliche Zusammenleben und damit zusammenhängende vertragliche Abmachungen nicht von sich aus sittenwidrig. Eine Sittenwidrigkeit ist jedoch dann anzunehmen, wenn, was im Einzelfall nachzuprüfen ist, Zuwendungen gemacht wurden, um die geschlechtliche Hingabe zu fördern oder zu belohnen, oder Zuwendungen an den Partner den Ehegatten des Zuwendenden und die aus der Ehe stammenden Kinder benachteiligen.

Die Annahme einer generellen Sittenwidrigkeit ist nicht gerechtfertigt.

1) BGHZ 35, 103

2) aaO., S. 110

3) BGHZ 23, 76 (78); BGH WM 1971, 1153 (1154); BGH NJW 1973, 1645

4) BGHZ 53, 359; BGH NJW 1970, 1540 (1541); KG NJW 1968, 2032; ausführlich mN auf die Rechtsprechung Battes, ZHR 1979, 385 (406) und Schwab, bei Landwehr aaO., 64-66

2. Kapitel: Bedürfnis nach Regelung durch Rechtsnormen
und Abmachungen

Wenn auch damit kein ausdrückliches Regelungsverbot hinsichtlich einer vertraglichen Gestaltung des nichtehelichen Zusammenlebens besteht und ein solches auch weder aus Verfassungsrecht noch aus der public policy = Sittenwidrigkeitsbeurteilung zwingend zu begründen ist, werden jedoch weiterhin Vorbehalte gegen eine rechtliche Erfassung dieses Phänomens vorgetragen. So meint Koch¹⁾, es sei zur Wahrung der Rechtssicherheit und das hieße nicht zuletzt der Eindeutigkeit des Rechts geboten²⁾, daß die "nicht-rechtlich-legitimierte Ehe" konsequenterweise im Recht unberücksichtigt bliebe. So allein dürfte im übrigen auch dafür gesorgt sein, daß nicht am Ende das Recht selbst zu einer Vergleichsgültigung oder gar Auflösung des rechtlichen Instituts "Ehe" beitrage. Eine ähnliche Auffassung äußert Bosch³⁾, der meint, man könne doch vernünftigerweise nicht den Standpunkt vertreten, daß jemand, der eine Institution und die für sie erlassenen Gesetze ablehne, dennoch die Vorteile beanspruchen könne, die für diese Institution geschaffen worden seien. Justice Mattina betrachtet die Heiligkeit der Ehe als eines der Bollwerke der amerikanischen Gesellschaft⁴⁾.

1) bei Landwehr aaO., 53

2) Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (441) kommt bei gleicher Argumentation zum entgegengesetzten Ergebnis

3) nach Bauer, Rheinische Post vom 9.5.1979; ebenso auch Brühl, FamRZ 1978, 859

4) McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978) 232; "heiliges Gut der Nation": Siegmund, Warum heiraten?, S. 14

Ähnlich wie eine deutsche verfassungsrechtliche Kommentierung die Leitbildfunktion von Normen betrachtet¹⁾, äußert sich auch Beck, die schreibt: "while it is socially desirable for consenting adults to share maximum freedom, it is problematic whether it is desirable for the law to declare complete freedom as its credo"²⁾.

I. Ungerechte Vermögenslage? Die Fälle Marvin v. Marvin, West v. Knowles und OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 und das subjektive Gerechtigkeitsempfinden

Daß trotz dieser Vorbehalte doch wohl ein ganz dringendes Regelungsbedürfnis besteht, vermag der Blick auf einige ganz typische Fallgestaltungen zu zeigen. So im schon mehrfach erwähnten Fall Marvin³⁾. Michelle Triola und Lee Marvin hatten ihre Beziehung im Oktober 1964 aufgenommen; zu diesem Zeitpunkt war Lee noch mit seiner Frau Betty verheiratet, die Scheidung wurde im Januar 1967 ausgesprochen. Michelle, die am 8. Mai 1970 ihren Nachnamen⁴⁾ in "Marvin" ändern ließ, hatte, bevor sie zu Lee zog, eine mögliche Karriere als Sängerin und Entertainerin aufgegeben, um ihm den Haushalt zu führen. Am 11. Mai 1970 trennte sich das Paar. Lee Marvin zahlte seiner Ex-Gefährtin seitdem bis zum 1. November 1971 einen Unterhalt von 800 \$ pro Monat. Danach stellte er sämtliche Zahlungen ein. 1972 heiratete er eine Jugendfreundin. Im gleichen Jahr reichte Michelle Marvin Klage ein; nach Ende der Unterhaltszahlungen bekam sie nunmehr Arbeitslosenunterstützung.

1) vgl. Maunz-Düring-Herzog, Art. 3, II, Rdz. 22: "wenn das Recht sich anschickt, die Wirklichkeit zu kopieren, stellt sich die besorgte Frage ein, ob dann nicht das Recht seinerseits wieder die Wirklichkeit im Sinne der Verfassung negativ beeinflußt." Anders aber Stöcker, NJW 1972, 553 (555)

2) 17 Journal of Family Law 685 (702)

3) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976)

4) s. S. 9, Fn. 2

Mit ihrem Prozeßvertreter vereinbarte sie ein reines Erfolgshonorar, das erst bei einem mindestens teilweisen Obsiegen im Prozeß geschuldet werden sollte¹⁾.

Während der Beziehung zwischen Lee und Michelle sammelte sich unter Lee's Namen ein Vermögen an, das aus Grundbesitz und anderen Werten bestand, zu denen Filmrechte in Höhe von mehr als 1 Mio. § zählten. Nach Behauptung von Michelle hatte das Vermögen Lee's bei der Trennung einen Gesamtwert von 3,6 Mio. §, während sie völlig mittellos dastand.

In einem anderen Fall, den das OLG Saarbrücken im Jahre 1979 zu entscheiden hatte²⁾, hatten die Klägerin und der Erblasser, ein Bruder des Beklagten, 30 Jahre lang bis zum Tod des Mannes eheähnlich zusammengelebt. Eine Heirat hätte den Rentenanspruch der Klägerin beeinträchtigt³⁾. Die Partner wohnten zusammen in einem der Klägerin gehörenden Einfamilienhaus, der Lebensunterhalt wurde von ihnen gemeinsam bestritten. Das monatliche Nettoeinkommen des Erblassers überstieg die Rente der Klägerin beträchtlich. Bei seinem Tod hinterließ der Erblasser u.a. ein Sparguthaben in Höhe von rd. DM 28 000,-- sowie ein Auto und einen Wohnwagen im Wert von rd. DM 9 000,--, die dem Beklagten als einzigem gesetzlichen Erben zufielen. Die Klägerin macht einen Ausgleichsanspruch im Armenrechtsverfahren geltend.

Solche Fallgestaltungen, wie in den beiden Beispielen, lassen sich ähnlich in den meisten Tatbeständen der veröffentlichten Urteile

1) hätte Michelle Klage wegen eines angeblich eherechtlichen Anspruches erhoben, hätte sie von Lee auch im Fall des Obsiegens Ersatz der Anwaltskosten verlangen können, vgl. hierzu Crowe v. De Gioia 430 A.2d 251 (1981) 256

2) FamRZ 1979, 796

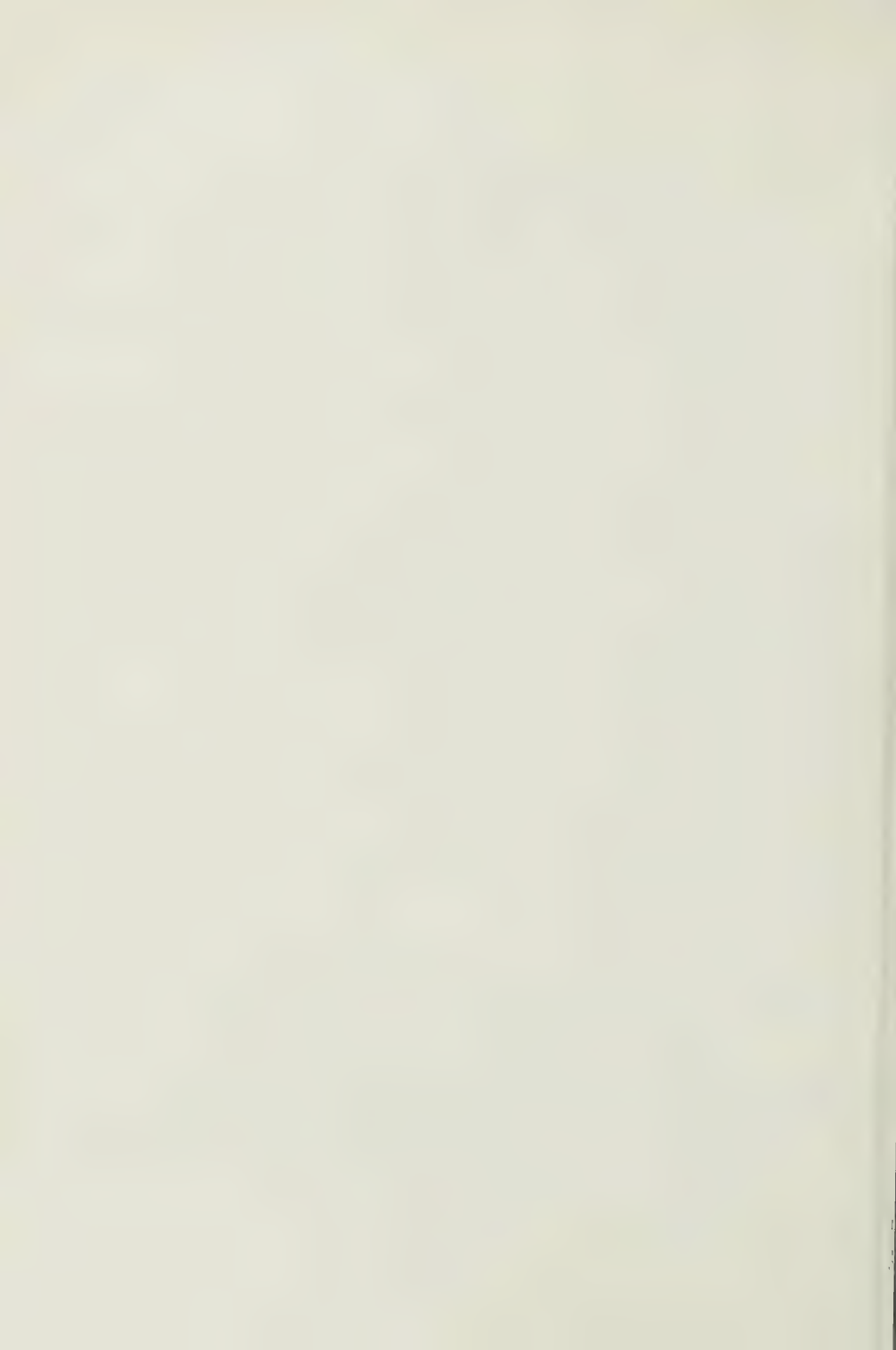
3) s. o. S. 45

zum nichtehelichen Zusammenleben finden¹⁾.

Das subjektive Gerechtigkeitsempfinden sagt, unabhängig von dogmatischen Erwägungen, daß hier die Ausgangslage, in der sich die klagende Partei bei Prozeßbeginn befindet, wohl mit der "herrschenden Sozialmoral" nicht mit Sicherheit in Einklang steht. Unter dem Eindruck solcher Problemgestaltungen entsteht die Forderung, die Rechtsprechung könne ein solches eheloses Zusammenleben nicht mehr ignorieren²⁾. Wenn man auch nicht unbedingt der Auffassung von Müller=Freienfels³⁾ beipflichten will, das Recht habe der Änderung der Moralauffassungen zu folgen, so geben ihm die oben aufgezeigten Beispiele doch recht, wenn er konstatiert, auch bei grundsätzlicher Ablehnung des nichtehelichen Zusammenlebens lasse sich ein entgegenkommender Standpunkt einnehmen, um nicht angesichts der starken Zunahme dieser Verbindungen die Angewiesenheit des Rechts auf das tatsächlich gelebte Leben radikal aufs Spiel zu setzen⁴⁾.

Recht überzeugend äußern sich dazu die mit den equity Maximen vertrauten amerikanischen Juristen. Sie stellen fest, das Recht könne nicht länger solche Beziehungen ignorieren⁵⁾ und auch nicht -----

- 1) eklatant auch im Fall Keene v. Keene, 371 P.2d 329 (1962); vgl. die Beispielsfälle bei Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1963)
- 2) Roth=Stielow, JR 1978, 233, gegen OLG Hamm, VersR 1977, S. 531; vgl. auch Schnitzler, Vergleichende Rechtslehre Bd. II, S. 518 und Lipp, AcP 180 (1980), 537 (539) sowie Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (171); Finger, JZ 1981, 497 und Schlüter, aaO., S.16 deutlich anders OLG Frankfurt FamRZ 1982, 265 (267) mit zustimmender Anm. Bosch: Nachteile seien "typisches Risiko"
- 3) Ehe und Recht, S. 31; ebenso Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (719): "We must face the fact that in our society the law is not a complete unimportant normative force. It interacts with and reacts upon social change."
- 4) Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (58)
- 5) s. Fn. 3



das Unrecht, das die Trennung einem Partner möglicherweise zufügt. So meint Carol Bruch¹⁾, eine wirklich einwandfreie Verfahrensweise verlange einfach, daß diese Familienformen in dem Ausmaß anerkannt werden sollen, in dem es notwendig ist, um Härten und Ungerechtigkeiten zu verhindern²⁾.

Der "clean hands doctrine"³⁾, auf die sich unter anderem wohl Lee Marvin beruft⁴⁾, steht somit die andere equity-Maxime des "equity will not suffer a wrong without a remedy"⁵⁾ gegenüber.

Hindernisse für die rechtliche Erfassung des nichtehelichen Zusammenlebens werden aufgebaut auch und vor allem mit dem Ziel, die Institution der Ehe zu bewahren und zu stärken. Als ganz wesentliches Argument dient dabei der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit, wie er in den USA in dem Satz "the volunteer has no rights"⁶⁾ zum Ausdruck kommt und in der Bundesrepublik auf die Aussage "hätten sie doch heiraten sollen" übertragen werden kann. Daß damit der vorweg dargestellten Intention nicht unbedingt erfolgversprechend zum Durchbruch verholfen werden kann, wurde in der concurring opinion zum Fall West v. Knowles⁷⁾ deutlich:

1) 10 Family Law Quarterly 101 (1963)

2) s. a. McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 228; Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (195)

3) "He who comes to Equity must come with clean hands."

4) 557 P.2d 106 (1976), 112

5) zu den equity-Maximen vgl. Parker, S. 27
Blumenwitz, aaO., S. 8 ff.

6) Parker, aaO., S. 142; dieser Gedanke war wohl entscheidend bei Joan S. v. John S., 427 A.2d 498 (1981)

7) 50 Wash. 2d 311; 311 P.2d 689 (1957)

Hier hatten Bonnie West und Delmer Knowles rund 10 Jahre zusammengelebt und wurden von ihrer Umgebung als Ehepaar angesehen. Bei Beendigung der Beziehung entstand Streit zwischen den Partnern über das inzwischen angesammelte Vermögen. Die concurring opinion stellte heraus, viele Gerichte würden in einem solchen Fall sagen, "wir waschen unsere Hände in Unschuld" (we will wash our hands of such disputes). Sie ließen die Parteien in dem Zustand zurück, in dem sie zu ihnen gekommen seien mit der Folge, daß allein die dingliche Zuordnung aufgrund des Vermögenserwerbs das Verhältnis der Parteien beherrscht. Dies könne nicht richtig sein. "Keine Regelung ist auch eine Regelung", würde man die Kernsätze dieser Ausführungen in wenigen Worten zu übersetzen haben: "So, although the courts proclaim that they will have nothing to do with such matters, the proclamation in itself establishes, as to the parties involved, an effective and binding rule of law which tends to operate purely by accident or perhaps by reason of the cunning, anticipatory designs of just one of the parties"¹⁾.

Um die These von Strätz²⁾, dem Rechtsfrieden wäre nur gedient, wenn eine Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens erfolgte, zu untermauern, mag man sich einmal die ökonomischen Konsequenzen in den beiden Beispielsfällen vor Augen halten: im Fall Marvin steht Michelle nach dem Ende der Beziehung ohne Vermögen da, ihr Partner, dem sie unter Verzicht auf eigenes Fortkommen den Haushalt führte, sammelte während dieser Zeit mehrere Millionen Dollar an³⁾.

1) 311 P.2d 689 (1957), 692; s.a. die Bezugnahme von Justice Howell im Fall Beal v. Beal, 577 P.2d 507 (1978), 508

2) FamRZ 1980, 301 (303)

3) vergleichbar Joan S. v. John S. 427 A.2d 498 (1981) 499:
Das Gericht stellt fest, die Partnerin und die vier gemeinsamen Kinder seien wegen ihres Lebensunterhalts völlig auf den Beklagten angewiesen

Facit: es wird zwar jemand, nämlich Michelle, "bestraft", weil sie sich nicht "normgerecht" verhielt und heiratete, Lee jedoch wird belohnt! Er hat es deutlich besser als ein Ehemann nach vollzogener Scheidung. Dies betrifft nicht nur sein Vermögen, sondern in gleicher Weise ist auch der Unterhalt zu betrachten: Michelle ist auf Arbeitslosenunterstützung angewiesen, das heißt, der Staat nimmt Lee, da es am Trauschein fehlt, Unterhaltsverpflichtungen ab.

Ein Regelungsverbot oder eine bewußte Nicht-Regelung hätte somit allenfalls den Erfolg, daß für manchen die Ehe ungünstiger ist, nicht nur, weil er nach ihrem Ende 'teilen' muß, sondern auch, weil er Unterhalts- und Versorgungsansprüchen ausgesetzt ist, mit denen sich sonst der Staat konfrontiert sähe¹⁾.

Auch die Ausgangslage im Fall des OLG Saarbrücken steht mit unserem Rechtsempfinden nicht unbedingt in Einklang: die Klägerin, die immerhin den Erblasser über viele Jahre versorgt hat, ist auf das Armenrecht angewiesen, um gegen einen Erben, der noch nicht einmal pflichtteilsberechtigt war, wegen einer Nachlaßforderung vorzugehen, zu deren Höhe sie durch die Bereitstellung von Wohnraum u.ä. beigetragen haben mag.

II. Die Bedeutung der Rollenverteilung in Partnerbeziehungen

Das so an Hand von Beispielen begründete Regelungsbedürfnis gilt jedoch nicht uneingeschränkt: es entsteht hauptsächlich aus der heute noch üblichen Rollenverteilung in Partnerschaftsbeziehungen. Diese, nach dem Leitbild der Hausfrauenehe ausgerichtete arbeitsteilige Auffassung, von Boehmer²⁾ unter dem Grundsatz der alten

1) Dem versuchte der Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland durch § 122 BSHG in einem Teilbereich Rechnung zu tragen; vgl. Scheepers, ZRP 1978, S. 13; Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (442); zur Kritik am amerikanischen Rechtszustand s. Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (370); Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (710) und King v. Smith, 392 U.S. 309 (1968)

2) Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht, MDR 1950, 386(387)

deutschen Devise: 'die Frau gehört ins Haus' als Eckpfeiler der christlich-abendländischen Kultur bezeichnet, ist geeignet, nach Auflösung der Beziehung unfaire Ergebnisse hervorzurufen¹⁾ und den Hausarbeiter wegen drohender Nachteile von einer einseitigen Auflösung der Beziehung abzuhalten²⁾. Sobald die Frau ihren eigenen Weg geht, nicht nur eine Ausbildung erfährt, sondern auch außerhalb des Hauses - unabhängig vom Partner^{2a)} - mit Hilfe ihres Berufes ein eigenes Einkommen erwirtschaftet, sind untragbare Härten nach Ende der Beziehung kaum zu erwarten³⁾.

Wie stark die Verbreitung der "Hausfrauenehe" unter allen verschiedengeschlechtlichen Beziehungen, also sowohl ehelichen als auch nichtehelichen, sein mag, ist schwierig zu ermitteln. Sicher ist eine solche Rollenverteilung nicht der Urzustand, wie es bei Boehmer⁴⁾ anklingt, sondern wohl eher ein Kind des Industriezeitalters⁵⁾.

- 1) vgl. Stöcker, NJW 1972, 553: "Übernahme der Haushaltstätigkeit bedeutet Fundamentierung einer ökonomischen Krüppelexistenz"; s.a. Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 120, 121, Dissenting opinion von Justice Curtis in Vallera v. Vallera, 134 P.2d 761 (1943), 764: "Just because the man, who in the instant case was equally guilty, earned the money to buy the property, should not bar the woman from any rights at all in the property, although her services made the acquisition possible. Such a rule gives all the advantages to be gained from such a relationship to the man with no burdens." ebenso Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1970); Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (1980, Fn. 47); Mell, FSchr. Demelius aaO., 158 erwähnt denn auch, Klägerin sei regelmäßig die Frau; ähnlich Giesen, ZVglRWiss 79 (1980) 169 (175)
- 2) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (56)
- 2a) bei Mitarbeit im Betrieb des Partners stellt sich selbstverständlich auch oder sogar erst recht die Frage nach einem Ausgleichsbedürfnis
- 3) Ringeling, ZEE 1980, 143 (148)
- 4) s. Fn. 2 auf S. 108
- 5) Glendon, Is there a Future for Separate Property? 8 Family Law Quarterly 315 (319): "the exclusively housewife marriage is a phenomenon of the past few decades"; Stöcker, NJW 1972, 553 (554); Perutz, Verdammte Ehe, S. 93 f.

Daß zumindest zeitweilig die Tendenz von der "Nur-Hausfrau" weg¹⁾ zu einer großen Annäherung der Familienrollen hin²⁾ ging, läßt sich schon am Gang von Gesetzgebung und Rechtsprechung ausmachen: deutlich wird dies zum einen an der Reform des § 1356 BGB a.F., die das Leitbild der Hausfrauenehe beseitigte und den Weg freimachte für neue Fortentwicklungen auf diesem Gebiet³⁾, zum anderen an einem Verfahren, das kürzlich vor dem Bundesverfassungsgericht⁴⁾ anhängig war und in dem sich ein Beschwerdeführer dagegen wandte, daß die Regelung des § 1 HausarbeitstagsG NW⁵⁾ nur für Frauen angewandt wurde. Das Bundesverfassungsgericht stellte einen Verstoß gegen Art. 3, Abs. 2 GG fest, da kein geschlechtsspezifisches Merkmal eine Ungleichbehandlung rechtfertige. Allerdings hat das BAG in einem anderen, vom BVerfG zitierten, Urteil⁶⁾ entschieden, das 1. EheRG habe die Lage der berufstätigen Frauen nicht so grundlegend geändert, daß die gesetzlichen Voraussetzungen eines bezahlten Hausarbeitstages neu durchdacht werden müßten. Nach Zahlen, die der Bundesminister der Justiz vorlegte, waren von den verheirateten Frauen im Alter von 20 - 25 Jahren 1968 über die Hälfte (51,8 %) berufstätig (in der Altersgruppe 15 - 20 Jahre sogar 54,8 %), im Alter von 25 - 30 Jahren 40,8 %, im Alter von

1) vgl. Grave, ZfF 1978, 152 (153); Rüfner, SchlHA 1979, 65 (69)

2) Siemens, aaO., S. 122; vgl. auch Wingen, FamRZ 1981, 331 (336); etwas weltfremd Scheld, FamRZ 1979, 990 (991)

3) Diederichsen, NJW 1977, 217 (219); Ramm, Gleichberechtigung und Hausfrauenehe, JZ 1968, 41 (44, 45); Bosch, FamRZ 1977, 569 (571)

4) BVerfG NJW 1980, 823

5) vom 27.7.1948 (GVBl. 1949, S. 6); vgl. dazu auch die Entscheidung des LAG Hamm, berichtet von Finger, JZ 1981, 497 (502, dort Fn. 68)

6) BAG BB 1979, 477

30 - 35 Jahren immerhin noch über ein Drittel (36,8 %); unter Berufung auf diese von ihm zitierte Zahl stellt Maunz-Düring-Herzog¹⁾ fest, die "Hausfrauenehe" habe infolge der zu beobachtenden gesellschaftlichen Entwicklung ihre Existenzberechtigung als Regelmodell verloren.

Die Beurteilung in den USA ist insoweit uneinheitlich.

Während die eine Seite sagt, wir lebten zum ersten Mal in der Geschichte in einer Zeit, in der für eine beachtenswerte Zahl Frauen das Dasein als Hausfrau und Mutter eine vollwertige Beschäftigung darstellte²⁾, sagen andere Stimmen, es sei eine Zunahme der wirtschaftlichen Unabhängigkeit von Frauen in Amerika zu beobachten³⁾. Dies belegt Bruch⁴⁾ mit Zahlen: danach stieg in den USA der Anteil der berufstätigen Frauen über 16 Jahre von 34 % im Jahre 1950 auf 43 % im Jahre 1971. Im März 1976 sollen 46,7 % aller amerikanischen Frauen berufstätig gewesen sein.

Diese Zahlen lassen sich aber auch anders interpretieren: sowohl in den USA als auch in der Bundesrepublik Deutschland sind mehr als die Hälfte aller Frauen nicht berufstätig.

Hinzu kommt, daß die Flucht vor Heim und Herd wohl nicht unaufhaltsam ist; mit zunehmender Anspannung der Arbeitsmarktlage ist vielmehr eine rückläufige Tendenz, wenn auch vielfach der Not gehorchend, zu beobachten⁵⁾.

1) GG, Art. 3, II, Rdz. 22; nach MünchKomm-Wacke, zu § 1356, Rdz. 4
log 1971 der Anteil der berufstätigen Frauen bei 39,5 %, im
April 1974 bei 42,5 %

2) Glendon, 8 Family Law Quarterly 315 (319)

3) Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (272); vgl. auch Justice
Mattina in McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 228:
"Rapid shift in the role of woman in patriarchal societies
within the last two decades from a position of subordination
to a position of equality"

4) 10 Family Law Quarterly 101 (112)

5) vgl. Limbach, NJW 1980, 871 (874)

Die berufstätige Frau hat somit nicht das Leitbild der Hausfrau ersetzt¹⁾. Mit dieser Tatsache und damit einem ungeschmälerten - vielfach sozial begründeten - Regelungsbedürfnis haben sich die Rechtsprechung und auch die Rechtslehre auseinanderzusetzen, wenn die Ausgangslage bei einer Rechtsstreitigkeit zwischen ehemals nichtehelich Zusammenlebenden betrachtet wird.

III. Güterrechtliche Besonderheiten in den USA

Soweit die USA betroffen sind, kann ein Regelungsbedürfnis auch aus einem anderen Grunde beeinträchtigt sein: die weit überwiegender Mehrzahl der Bundesstaaten haben als gesetzlichen Güterstand ein separate-property-System, das bedeutet, daß auch bei Eheleuten nach Scheidung kein vermögensmäßiger Ausgleich stattfindet. Insofern stehen sich dort unverheiratete Paare regelmäßig bei Vermögensansprüchen nicht schlechter als Eheleute.

Das "community-property"-System dagegen, ein Erbgut, das die Vereinigten Staaten als Restbestand des spanisch-mexikanischen Einflusses²⁾ übernommen haben, ist in einigen wenigen Staaten eheliches Güterrecht: in Californien, Louisiana, Puerto Rico, Texas, Arizona, Idaho, Nevada, New Mexico³⁾ und wohl auch noch Washington⁴⁾.

Dieser Güterstand, eine Art Errungenschaftsgemeinschaft⁵⁾, geht

- 1) MünchKomm-Wacke zu § 1356, Rdz. 5; Rheinstein, Marriage Stability, Divorce and the Law, S. 404; zur soziologischen Beurteilung vgl. Sussman, 24 The Family Coordinator 563 (567)
- 2) Grave, bei Landwehr aaO., 118 mwN; Hirsch, aaO., S. 56
- 3) Bergmann-Ferid, aaO., S. 26, Fn. 26
- 4) Coester-Waltjen, JZ 1976, 257 (259, Fn. 37); vgl. auch Giesen, ZVglRWiss 79 (1980) 169 (174, 175)
- 5) Parker, aaO., S. 68; Grave, bei Landwehr aaO., 118; allgemein zum Güterstand der community-property vgl. Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, US, Grdz. D VII, Rdz. 90

davon aus, daß das Vermögen, welches die Ehegatten während ihrer Beziehung erworben haben, auf den vereinten Anstrengungen der Partner beruht¹⁾. Dementsprechend findet nach Ende der Ehezeit eine hälftige Aufteilung statt. Die Ehe ist somit auch als wirtschaftliche Partnerschaft zu verstehen²⁾.

Auf dieser Grundlage wird verständlich, warum in einigen wenigen Staaten die Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens stärker diskutiert wird und auch öfter Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist als in den übrigen. In den separate-property-Staaten ist güterrechtlich ein Ehepaar genauso zu behandeln wie nicht-ehelich zusammenlebende Partner³⁾.

Dennoch beginnt die Rechtsprechung auch hier, das nichteheliche Zusammenleben zu berücksichtigen⁴⁾; dies gilt nicht nur in Hinsicht auf Unterhaltsansprüche⁵⁾, sondern auch für vermögensrechtliche Beziehungen. Unabhängig von güterrechtlichen Zuordnungen ergibt sich auch bei Ehen in separate-property-Staaten, daß die Eheleute vermögenswertes Gut unter gemeinsamem Namen erwerben⁶⁾.

Ein Güterrecht, das allein auf die dingliche Berechtigung abstellt, muß in einem solchen Fall naturgemäß ins Leere laufen. An seine Stelle hat vielmehr, was auch für die nichtehelich Zusammenlebenden

1) Hirsch, aaO., S. 57

2) Coester-Waltjen, JZ 1976, 257 (259)

3) ebda.

4) Glendon, FSchr. Ferid aaO., 498

5) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (378, Fn. 80)

6) Glendon, 23 American Journal of Comparative Law 1 (22); dazu auch Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (105, Fn. 17) und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (176 f. + 189, Fn. 152)

richtungsweisend sein kann, eine "fair and equitable division of property" zu erfolgen¹⁾.

Als Resümee dieser Betrachtungen bleibt festzuhalten: eine rechtliche Erfassung der Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens in Hinsicht auf Vermögens- und Unterhaltsansprüche steht weder mit dem Verfassungsrecht, noch Sittenwidrigkeitsklauseln, noch sonstigen allgemeinen Erwägungen im Widerspruch. Dies betrifft sowohl die Möglichkeit der normativen als auch der vertraglichen Regelung, die Schaffung der Norm als auch die Subsumtion unter die Norm. Sie ist damit statthaft. Ja, es scheint aufgrund des Vorstehenden sogar geboten, mit Hilfe der Rechtsordnung dem schwächeren Partner einer solchen Beziehung einen Schutz nicht zu versagen. Umso mehr hat dies zu gelten, als wirtschaftliche Zwänge zur Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft mit und ohne Ausgleichsanspruch entstehen können. Das Recht sollte daher seinen Beitrag leisten, um grobe Unbilligkeiten zu vermeiden²⁾.

1) Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (393); vgl. dazu auch die Regelung in Illinois, wiedergegeben bei Jiminez v. Jiminez, 386 N.E. 2d 647 (1979), 649

2) vgl. Battes, ZHR 1979, 385 (405)

3. Kapitel: Zur ausdrücklichen Regelung durch einen
"Zusammenlebensvertrag"

Welchen Schutz kann die Rechtsordnung, sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in der Bundesrepublik Deutschland, bieten, ohne gegen ihre eigenen Grundprinzipien zu verstoßen?

Dem juristischen Laien wird in Anleitungsbüchern vielfach empfohlen, die Beziehung zu seinem nichtehelichen Partner auf eine ausdrückliche vertragliche Basis zu stellen¹⁾.

Diese sehr ausgefeilten Verträge enthalten recht detaillierte Festlegungen, die weit über das hinausgehen, was Gesetzgebung und Rechtsprechung an Regeln für das eheliche Zusammenleben entwickelt haben.

So enthält ein Vertragsmuster, das Barbara Hirsch²⁾ vorlegt, und von dem sie selbst sagt, sein Inhalt sei im Falle eines Rechtsstreites wertlos³⁾, genaue Bestimmungen, wann wer den Wunsch nach einem gemeinsamen Kind äußern darf, wer in welchen Fällen feststellt, eine Schwangerschaft sei unerwünscht und nach welcher Verfahrensweise über die Vornahme einer Abtreibung zu entscheiden ist. Ebenso regelt der Vertrag die Umstände, unter denen eine Haushaltshilfe eingestellt wird und ähnliches.

Nüchterner hingegen ist der - im deutschen Recht bislang beispielhaft - von Kunigk⁴⁾ vorgelegte Vertragsentwurf.

1) Hirsch, aaO.; Kunigk, aaO.; Piehl-Jäger, aaO., S. 10, 11 u. 15; vgl. dazu auch Schlüter, aaO., S. 32 f.

2) aaO., S. 96 ff.

3) "unenforceable in the courts, gentlemen's agreement only", aaO.

4) aaO., S. 128 ff.

Diese Vertragslösungen sind in ihren Detailfragen wert, einer eigenen Untersuchung unterzogen zu werden. Leitlinien über ihre Möglichkeiten und Grenzen sind schon andernorts entwickelt worden¹⁾. Die Bedeutung solcher Verträge darf auch nicht überschätzt werden. Hemmungen, die gegenüber der Ehe bestehen, dürften auch gegenüber ausdrücklichen schriftlichen, manchmal sogar notariellen Vereinbarungen zur Wirkung kommen²⁾.

Die Frage nach der Notwendigkeit von ausdrücklichen Vereinbarungen zwischen nichtehelich Zusammenlebenden scheint eher im umgekehrten Sinne gerechtfertigt: so riet Mark Goldman, der Anwalt Lee Marvin's, noch während des laufenden Verfahrens für den Fall des Unterliegens seines Mandanten "allen mit Freundinnen zusammenlebenden unverheirateten Amerikanern, sich schnellstens mit einer von beiden Partnern unterzeichneten Erklärung über Gütertrennung abzusichern"³⁾.

Viele juristische Autoren, zunächst nur in den USA⁴⁾, neuerdings auch in der Bundesrepublik Deutschland⁵⁾, empfehlen, die Möglich-

- 1) vgl. Kurr, Vereinbarungen zwischen Partnern eheähnlicher Lebensgemeinschaften und Ehegatten, Diss. 1978; Strätz, FamRZ 1980, 301 (305); Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (944); Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (709); Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (391); Casad, 77 Michigan Law Review 47 (49); In re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763 (1978), 770 mit Nachweis auf die Marvin-Entscheidung
- 2) Hirsch, aaO., S. 50; Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (102); Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (442); Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (177); eindeutig auch Neuhaus, FamRZ 1982, 1 (3)
- 3) vgl. Helmut Voss in Die WELT v. 8.1.1979
- 4) Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (973); Glendon, FSchr. Ferid aaO., 509; Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1718); Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (371); Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (265, Fn. 59)
- 5) vgl. Roth=Stielow, JR 1978, 233 (235); dazu Bartsch, JR 1979, 364 und Brühl, FamRZ 1978, 859; Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (61)

keit eines Vertrages zu erwägen, mit dem Rechtsfolgen nach Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens ausgeschlossen werden.

Ein solcher "Ausschlußvertrag"¹⁾, wie er im folgenden genannt werden soll, hat ein antikes Vorbild in der "Zwölf-Tafel-Gesetzgebung"²⁾. Falls eine Römerin nicht unter die manus eines Mannes kommen wollte, mit dem sie zusammenlebte, konnte sie ein solches Ergebnis verhindern, indem sie drei Tage in jedem Jahr außerhalb der gemeinsamen Wohnung nächtigte. Diese als "trinoctium" bekannt gewordene Einrichtung ist in die neuere rechtspolitische Diskussion in Dänemark eingeflossen³⁾ und scheint auch Müller=Freienfels vorzuschweben, wenn er ausführt⁴⁾, wer als Partner eines nichtehelichen Zusammenlebens Ehefolgen vermeiden wolle, müsse eben auf der Hut sein. Wenigstens ein paar Minuten vorher müsse er beweisbar Schluß gemacht haben.

Die Fragestellung zielt demnach weniger auf die Notwendigkeit von rechtsfolgebegründenden Verträgen, sondern mehr auf die Notwendigkeit von rechtsfolgeausschließenden Verträgen oder Handlungen. Eine solche Akzentsetzung ist gerechtfertigt, wenn die tatsächlichen Umstände eines nichtehelichen Zusammenlebens oder einzelne Äußerungen, abseits von ausdrücklichen positiven Regelungen, die Entstehung von Rechtsfolgen bewirken oder Grundlagen erkennbar werden, die unabhängig vom Willen der Partner für gegenseitige Ansprüche gelten.

1) von Beck, 17 Journal of Family Law 685 (691)
als logische Folge der Marvin-Entscheidung bezeichnet

2) dazu Glendon, State, Law and Family, S. 109, Fn. 103; dies., 62 Virginia Law Review 663 (696, Fn. 145)

3) s. Fn. 1 auf S. 19 und Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (696, Fn. 145)

4) ZEE 1980, 55 (61)

4. Kapitel: Der "Vorrat an Lösungen" für die
Vermögensauseinandersetzung

Wie Kay-Amyx¹⁾ unter Hinweis auf die Marvin-Entscheidung ausführen, gibt es eine unendliche Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten, um bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens eine Vermögensaufteilung durchzuführen. Dies wird verständlich bei Berücksichtigung des Umstandes, daß die Rechtsprechung ihre traditionellen Linien verlassen hat²⁾ und unter Hinweis auf "equitable remedies"³⁾ dem nichtehelichen Zusammenleben mit einem eigenen "body of law"⁴⁾ entgegenkommt.

Der Marvin-Fall⁵⁾ erwähnt ausdrücklich mehrere Lösungen: über Regeln der community-property, separate-property, partnership, joint venture, joint tenants, tenants in common⁶⁾, doctrine of quantum meruit und constructive or resulting trust. Hinzu kommen bereicherungsrechtliche Ansprüche aufgrund contract-implied-in-law. Der contract-implied-in-fact ermöglicht die Annahme eines stillschweigenden Vertragsschlusses auch im Verhältnis nichtehelich Zusammenlebender. Die Entscheidung erwähnt auch die Anwendung von Eherecht oder die Möglichkeit eines breach of contract to marry.

Auch im deutschen Recht wird ein umfassender Katalog von denkbaren Lösungsmöglichkeiten sichtbar⁷⁾. Er reicht von der Anwendung des ehe-

1) 65 California Law Review 937 (1971);

"Palette möglicher Lösungswege", Lipp, AcP 180 (1980), 537 (540)

2) vgl. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (126)

3) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 123, Fn. 25

4) Glendon, State, Law and Family, S. 78 u. 93

5) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976)

6) Beispielsfall dazu Ireland v. Flanagan 627 P.2d 496 (1981) sowie Brooks v. Kunz 597 SW 2d 183 (1980)

7) Schwab, bei Landwehr aaO., 61 ff.; Battes, ZHR 1979, 385 (386)

lichen Güterrechts über Verlobungsrecht zum Gesellschaftsrecht, dem Gemeinschaftsrecht einschließlich der Anwendung der HausratsVO, dem dinglichen Recht, Schenkungsrecht sowie Bereicherung und Schadensersatzrecht. Die zu beiden Rechten erörterten Lösungen lassen sich in drei Gruppen einordnen: zu der ersten Gruppe von Lösungen, der Vermögensauseinandersetzung, die an den Status anknüpft, dürfte die Anwendung von Ehe- und Verlobnisrecht zählen; der zweiten Gruppe von Normen ist der rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Bereich zuzuordnen, zu dem das Gesellschafts-, das Gemeinschafts- und das Schenkungsrecht gehören; die dritte Gruppe schließlich enthält die Normen, die sich mit der dinglichen Berechtigung sowie Bereicherungs- und Schadensersatzrecht befassen.

I. Die "Status"-Lösung

Sowohl im deutschen als auch im amerikanischen Recht wird erwogen, ob nicht die nichtehelich zusammenlebenden Partner, unabhängig von oder auch unter Berücksichtigung ihrer Vorstellungen, den Regeln des Status unterworfen werden sollen, den das Gesetz für ihre Beziehung vorsieht, also entweder als Eheleute oder als Verlobte. Dabei wird nicht verkannt, daß die Abgrenzung zur rechtsgeschäftlichen Betrachtung fließend ist, werden doch auch die Ehe und das Verlobnis als consensual-Verträge aufgefaßt¹⁾.

1) Zuck, FamRZ 1979, 873 (876); Evans=von Krbek, JA 1979, S. 236 (239); MünchKomm-Wacke zu § 1353, Rdz. 17, 18 mwN; kritisch Palandt-Diederichsen, Einf. v. § 1353, Anm. 1a; Cantor, aaO., S. 18; zum Ehevertrag als contract of adhesion Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (665); vgl. auch UMDA § 201: "marriage is a personal relationship between a man and a woman arising out of a civil contract to which the consent of the parties is essential." Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (132 mwN, Fn. 113): "Increasing tendency to analyse the marital relationship as a contractual one"; vgl. aber Krause, Family Law, S. 30 "More accurately marriage is entered by means of a contract, but turns into a status."

§ 1) Anwendung des Eherechts in den USA

Amerikanische Rechtsprechung und Literatur gehen sehr ausführlich auf die eherechtliche Lösung bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens ein. Bedeutung erlangen hier die Lehre von der common law marriage und die putative spouse-doctrin¹⁾.

Präzedenzfall einer Anwendung der common law marriage-Regeln auf nichtehelich Zusammenlebende dürfte eine Entscheidung des Supreme Court, Erie County in Sachen McCullon v. McCullon sein²⁾.

Zwar wurde in diesem Fall nicht über Vermögens-, sondern über Unterhaltsansprüche gestritten, da der Staat New York zu den separate-property-Staaten³⁾ gehört. Ebenso gehört der Staat New York nicht zu den Staaten, die die common law marriage anerkennen. Dennoch erlangt die Entscheidung über die "full faith and credit"-Klausel⁴⁾ Bedeutung für die community-property-Staaten und letztlich über den Grundsatz des "ordre public" auch für die deutsche Rechtsordnung⁵⁾.

In diesem Fall waren Susan und Leonard McCullon, die Parteien des Rechtsstreits, der 1978 entschieden wurde, im Jahre 1948 zusammengezogen. In dem 1954 gemeinsam erworbenen Haus wurden drei Kinder, geboren zwischen 1949 und 1960, großgezogen. Susan McCullon benutzte ihren Nachnamen mit Einwilligung von Leonard, obwohl beide nicht verheiratet waren. 1953 wurde Susan von dem Mann, mit dem sie bis dahin noch verheiratet gewesen war, geschieden. Der Beklagte stellte

1) zu beiden sehr ausführlich oben S. 39-41

2) 410 N.Y.S.2d 226

3) s. S. 112

4) Art. IV, § 1 der Federal Constitution; vgl. auch Parker, aaO., S. 12 mwN

5) s. Fn. 2 auf S. 42

die Klägerin seinen Freunden und Verwandten als seine Frau vor. Beide besaßen gemeinsame Sparguthaben, nach denen die Frau Susan McCullon hieß. Unter gleichem Namen liefen gemeinsame Steuererklärungen wie auch das Eigentumsrecht am Haus. Mit Beginn der Beziehung hatte die Klägerin eine Arbeitsstelle aufgegeben und besorgte von dann an den Haushalt. Während der gesamten Zeit des Zusammenlebens fuhr die Familie jährlich in den Ferien für zwei bis vier Wochen in den Bundesstaat Pennsylvania, wo die Eltern des Beklagten wohnten. Auch diesen gegenüber und seinen dortigen Freunden gab er die Klägerin als seine Frau aus. 1977 löste sich die Verbindung auf. Nach einer Aussage der 22-jährigen Tochter Laura wußte diese bis zur Trennung nicht, daß ihre Eltern nicht verheiratet waren.

Das Gericht stellte fest, daß die Umstände der Beziehung eine Anwendung der Regeln über die common law marriage rechtfertigen. Zwar sei eine solche Heirat in New York nicht wirksam; dennoch gebietet die Tatsache, daß die Familie sich mehrfach in Pennsylvania aufgehalten habe, das die common law marriage anerkennt, eine Anerkennung der Wirksamkeit dieser Verbindung auch im Staat New York, da sich die Partner in Pennsylvania wiederholt als Ehegatten ausgegeben hätten. Dabei berief sich das Gericht auf zwei Präzedenzfälle¹⁾: in einem dieser Fälle hatte es ein New Yorker Gericht für ausreichend erachtet, daß die Parteien sich einmal für drei Wochen in Pennsylvania aufgehalten hatten und sich dort als Mann und Frau ausgaben, um eine common law marriage zu begründen²⁾.

Für die community-property-Staaten kann diese Entscheidung zur Folge haben, daß ihre nichtehelich zusammenlebenden Bürger in Zukunft peinlich zu vermeiden haben, mit common law marriage-Staaten in Be-

1) Shea v. Shea, 63 N.E. 2d 113; Skinner v. Skinner, 150 N.Y.S. 2d 739

2) Skinner v. Skinner, aaO.

rührung zu kommen, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, sich plötzlich, vor allem güterrechtlich, als Eheleute zu entdecken.

Eine andere Möglichkeit, die Partner einer nichtehelichen Beziehung dem Eherecht zu unterwerfen, ist nach Ansicht einiger Gerichte aufgrund der putative-spouse-doctrin gegeben¹⁾.

So war es im Fall *In re Marriage of Cary*, den ein kalifornischer Court of Appeal im Jahre 1973 entschied²⁾. Nach Ansicht von Barbara Hirsch³⁾ ist dies der erste Fall einer Scheidung ohne Heirat und zugleich der erste Fall von community-property bei "single people", wie sie die Verbindung nennt.

Paul Cary und Janet Forbes lebten unverheiratet mehr als acht Jahre zusammen. Während dieser Zeit gaben sie sich gegenüber ihrer Umwelt als Eheleute aus. Janet gebrauchte den Namen Cary. Sie erwarben zusammen ein Haus und Vermögen, liehen sich Geld, nahmen Kredite auf, erstellten eine gemeinsame Einkommensteuererklärung und benahmen sich in jeder Weise wie Verheiratete. Beide wußten, daß sie nicht verheiratet waren. Sie hatten zwar des öfteren über Heirat gesprochen, aber irgendwie kam es nie dazu.

Auf den Geburtsurkunden und in den Schulakten ihrer vier gemeinsamen Kinder sind als Eltern eingetragen Paul und Janet Cary.

Während Paul außerhalb arbeitete, betreute Janet das Haus und die Kinder.

Als Paul 1971 beim Superior Court Klage einreichte, nach der die Nichtigkeit der Ehe entsprechend Civil Code Section 4001 festgestellt werden sollte⁴⁾, entstand das Problem, in welcher Weise das während der Beziehung angesammelte Vermögen verteilt werden sollte.

1) s. S. 39 f.

2) 109 Cal.Rptr. 862 (1973)

3) aaO., S. 58

4) ein nicht ganz verständlicher Klageantrag angesichts des Sachvortrages, vgl. *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976), 119, Fn.17

Die rechtliche Ausgangslage war für das Gericht relativ neu: zwar lagen Grundsatzentscheidungen zum nichtehelichen Zusammenleben vor, die bis in das Jahr 1932 zurückreichten¹⁾, dennoch war die Situation eine andere. Einhergehend mit der Änderung gesellschaftlicher Moralauffassungen hatte der Gesetzgeber mit dem Family Law Act von 1969 und der Abkehr vom Verschuldensgrundsatz im Scheidungsrecht ("no-fault-divorce") nach langer Untätigkeit neue Regelungen geschaffen²⁾.

Auf der Grundlage dieser Regelungen entschied das Gericht den Cary-Fall.

Die Argumentation vollzog sich in vier Schritten. Zunächst charakterisierte das Gericht das vorhergehende Fallrecht, das sich mit dem nichtehelichen Zusammenleben auseinandergesetzt hatte, als Anzeichen für eine Absicht, die Partner, vor allem die Frauen, dafür zu bestrafen, daß sie in einer unsittlichen Beziehung lebten³⁾.

Der zweite Schritt stellte fest, daß der Sinn des Family Law Act darin gelegen habe, die Vorstellungen von Versagen, Schuld oder Bestrafung aus den Scheidungsgründen und der Aufteilung des gemeinsamen Vermögens zu eliminieren⁴⁾.

1) *Trutalli v. Meraviglia*, 12 P.2d 430 (1932); *Vallera v. Vallera*, 134 P.2d 761 (1943); *Hill v. Estate of Westbrook*, 247 P.2d 19 (1952); *Keene v. Keene*, 371 P.2d 329 (1962) u.a.

2) *Kay-Amyx*, 65 California Law Review 937 (1945); *Fernandez*, 30 Stanford Law Review 359 (1968, Fn. 39)

3) *In re Marriage of Cary*, 109 Cal.Rptr. 862 (1973); Darstellung der Argumentation bei *Kay-Amyx*, 65 California Law Review 937 (1946); zum Diskriminierungsverbot in diesem Zusammenhang vgl. *In re Estate of Atherly*, 119 Cal.Rptr. 41 (1975), 48, Fn. 11; s.a. *Angermeier*, 50 Indiana Law Journal 389 (1999)

4) *In re Marriage of Cary*, aaO., S. 866

Der dritte Schritt schließlich ging davon aus, daß section 4452 des California Civil Code¹⁾ es erlaubt, die Hälfte des auch von dem gutgläubigen Partner der Putativ-Beziehung erwirtschafteten Vermögens der Person zuzusprechen, die bösgläubig dem anderen Partner die Gültigkeit der Ehe vorgegaukelt hat²⁾. Der letzte Schritt stellte die Verknüpfung zwischen der putative-spouse-doctrin und der no-fault-divorce her: nach dem neuen Scheidungsrecht käme es auf Begriffe wie "schuldig" oder "nicht schuldig" nicht mehr an³⁾.

Demnach sei das Abstellen auf "Bösgläubigkeit" oder "Gutgläubigkeit" in der putative-spouse-doctrin inkonsequent. Wenn nach dieser Doktrin auch der bösgläubige Partner an der hälftigen Teilung des Vermögens profitiere, sei nicht einzusehen, warum für nicht-ehelich Zusammenlebende eine andere Regelung gelten soll. Schließlich sei der einzige Unterschied der, daß in einer putative spouse-Beziehung lediglich ein Partner möglicherweise die Fehlerhaftigkeit des Eheschlusses kenne und in dem nichtehelichen Zusammenleben beide Partner von dem Fehlen einer Ehe wissen. Der Court of Appeal drückt dies mit der Umschreibung aus "But in the case before us both parties appear "guilty"; each was aware of the lack of a marital ceremony"⁴⁾.

Mit diesen Erwägungen sprach das Gericht Janet die Hälfte des "quasi-marital-property" zu.

Diese Entscheidung wurde in einem anderen, ähnlich gelagerten Fall nachvollzogen⁵⁾.

1) Wortlaut s. S. 40

2) In re Marriage of Cary, aaO.

3) ebda.

4) ebda., S. 865

5) In re Estate of Atherly, 119 Cal.Rptr. 41 (1975). In dieser Entscheidung stellt Justice Kaufmann (S. 48) lakonisch fest: "We agree with Cary's holding that a meretricious spouse now has the same property rights as a putative spouse They clearly had a family relationship and fall within the rule set forth in Cary."

Die Kritik, der sie von Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ seitdem ausgesetzt wird, läßt die Annahme von Barbara Hirsch³⁾, es handle sich um einen zerbrechlichen Präzedenzfall und andere (Paare) sollten sich auf ihn nicht (zu sehr) verlassen, mehr als gerechtfertigt erscheinen.

Eine rechtsvergleichende Betrachtung wird die Argumentation des Court of Appeal und vor allem die Kritik daran auch daraufhin prüfen, ob sie angesichts der erkennbaren und vergleichbaren Entwicklung des deutschen Eherechts zur Anwendung kommen kann. Wie oben schon angedeutet wurde⁴⁾, kennt das neue deutsche Eherecht sowohl eine Unterscheidung von gut- und bösgläubigen Partnern einer nichtigen Ehe als auch die Abkehr vom Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht. Anders als in den USA haben aber in der Bundesrepublik Deutschland weder Rechtsprechung noch Literatur beide topoi in einer Weise argumentativ verknüpft, die auch nur im ferntesten der gedanklichen Konstruktion im Cary-Fall ähnelte. Sicherlich nicht ohne Grund, wie schon die teils vehemente amerikanische Kritik an der Gerichtsentscheidung zeigt.

1) Beckman v. Mayhew, 122 Cal.Rptr. 604 (1974), 607; Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 119 ff.

2) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (129, Fn. 105): "The Cary court's grant of relief was predicated upon a questionable reading of section 4452 of the California Civil Code." vgl. auch Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1712); Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (693); dies., State, Law and Family, S. 94;

Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (945 ff.); "Ausnahmeentscheidung" vgl. Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (176, Fn. 50)

3) aaO., S. 58

4) s. § 26, Abs. 2 EheG und S. 38, 39

Aussagekräftig ist hierzu wohl der Marvin-Fall. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung Beckman v. Mayhew¹⁾ führte Justice Tobriner aus, keine Aussage im Family Law Act betreffe die Vermögensrechte von nichtehelichen Partnern. Auch eine historische Auslegung des Gesetzes käme zu dem Ergebnis, daß der Gesetzgeber ein solches Problem niemals bedacht habe²⁾.

Selbst wenn man der Cary-Entscheidung insofern folge, als man dem "schuldigen" (=bösgläubigen) Partner der Putativ-Beziehung eine Vermögenshälfte zuspräche, folge daraus nicht zwingend, daß ein nichtverheirateter Partner einer anderen Beziehung das gleiche Recht habe. Vielmehr, und hier zeigt sich wohl in gleicher Weise der Dreh- und Angelpunkt für das amerikanische wie für das deutsche Recht, sei auf die berechtigten Erwartungen der Partner abzustellen. In einer Putativ-Beziehung gehen beide davon aus, daß bei Beendigung der Beziehung eine Vermögensaufteilung nach community-property-Recht erfolgen würde. Diese Erwartungen auch des "unschuldigen" (=gutgläubigen) Partners würden demnach nicht enttäuscht, wenn der "schuldige" (=bösgläubige) nach section 4452 das halbe Vermögen bekäme.

In einer Nicht-Putativ-Beziehung dagegen wissen beide Partner, daß sie nicht verheiratet sind. Auch dann die gleichen Maßstäbe anzuwenden, sei ungerechtfertigt, weil dies dem Sinn der Regelung, berechnete Erwartungen in Hinsicht auf Ehwirkungen zu schützen, nicht entspreche³⁾.

Eine Urteilsrezension⁴⁾, deren Gedanke auch andernorts wiedergegeben wird⁵⁾, lehnt die Cary-Entscheidung auch deswegen ab, weil sie

1) 122 Cal.Rptr. 604 (1974)

2) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 120; zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (948 ff.)

3) aaO., Fn. 18

4) Kay-Amyx, aaO., S. 952 mwN

5) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (61)

die common law marriage in gewisser Weise durch die Hintertür wieder einführe, obwohl sich der kalifornische Gesetzgeber 1895 definitiv für eine Abschaffung dieses Instituts entschieden habe¹⁾. Ungeklärt ist aber bislang die Frage, die sich bei der Kombination beider Rechtsinstitute stellt und auf die in der Marvin-Entscheidung mehr beiläufig eingegangen wird²⁾: welche Rechtsfolgen entstehen, wenn nichtehelich Zusammenlebende sich in Californien keiner Heiratszeremonie unterziehen, weil sie glauben, auch in diesem Bundesstaat gebe es nach wie vor die common law marriage? Konsequenterweise müßte dann die putative-spouse-doctrin Anwendung finden.

Insgesamt erscheint bei der Behandlung der Cary-Entscheidung und ihrer Bedeutung für die rechtliche Erfassung des nichtehelichen Zusammenlebens die Frage gerechtfertigt, ob die Richter nicht von falschen Prämissen ausgegangen sind. Der nachfolgende Gedankengang ist zwar konsequent, aber die Verschuldensgrundsätze aus dem Scheidungsrecht, die allein für die Beurteilung des Endes einer Ehe von Bedeutung sind, auf das Zustandkommen einer Partnerbeziehung anzuwenden, ist ein Ausgangspunkt, der Nichtvergleichbares auf eine Ebene stellt. Umso fragwürdiger muß die Entscheidung werden, wenn Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes zu erörtern sind.

Das amerikanische Recht versagt sich im übrigen einer Anwendung des Eherechts. Ganz deutlich wird dies im Fall Marvin, in dem ausdrücklich jede Subsumtion des nichtehelichen Zusammenlebens unter die Regeln des Family Law Act abgelehnt und der Vorbehalt einer allein richterrechtlichen Behandlung der Beziehung gemacht wird³⁾.

1) s. Fn. 4 auf S. 43 und die Kritik von Justice Linde im Fall Beal v. Beal, 577 P.2d 507 (1978), 512

2) 577 P.2d 106 (1976), 117, Fn. 11

3) "We conclude: The provisions of the Family Law Act do not govern the distribution of property acquired during a nonmarital relationship; such a relationship remains subject solely to judicial decision." vgl. aaO., S. 110 und People v. Delph, 156 Cal.Rptr. 422 (1979), 425

Daß die Ausführungen insoweit nicht weitergingen, und das Gericht die Anwendbarkeit von Eheregeln ohne detaillierte Begründung ausschloß, ist von der Literatur bemängelt worden¹⁾. Im Ergebnis herrscht jedoch Übereinstimmung; schließlich sei zu beachten, daß in einer richtigen Ehe die Partner einander nicht nur wirtschaftliche Werte erbringen, sondern auch geistige und emotionale. Das Leitbild der Ehe sei darauf zugeschnitten, daß man nicht nur den Nutzen, sondern auch die Last("burden and benefits") miteinander trägt und dies von Rechtsprechung und Gesetzgeber anerkanntes Prinzip sei²⁾. Dies Prinzip entspreche nicht dem nichtehelichen Zusammenleben³⁾.

Festzustellen ist vielmehr, daß auch die Ehe immer mehr unter vertraglichen Gesichtspunkten gesehen wird⁴⁾ und an dieser Verlagerung auch und vor allem das nichteheliche Zusammenleben teilnimmt⁵⁾. Eine Anwendung von Eheregeln allein aufgrund der Tatsache des Zusammenlebens hat somit - sieht man von der sehr fragwürdigen Cary-Entscheidung und dem darauf aufbauenden Verdikt im Fall Atherly ab - für die aktuelle Diskussion keine Bedeutung.

§ 2) Anwendung von Ehe recht in der Bundesrepublik Deutschland

Eine sehr viel intensivere Diskussion als in den Vereinigten Staaten fand in der Bundesrepublik Deutschland statt, soweit es eine - womöglich analoge - Anwendung von Ehe recht betraf.

Bis auf wenige Ausnahmen führte die Diskussion zu dem Ergebnis, Ehe recht sei für nichtehelich Zusammenlebende nicht anwendbar.

1) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (381, Fn. 98)

2) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (60)

3) aaO., S. 61; s.a. Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (174 mN); s.a. S.132, Fn. 6

4) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (132)

5) Fernandez, aaO., Casad, aaO.; Bruch, aaO.; s.a. S.132, Fn. 6

Das Landgericht Berlin dagegen hatte noch 1952 entschieden¹⁾, das Band, das die klagenden Parteien umschließe, sei so eng und einer Ehe so ähnlich, daß es sittlich und auch rechtlich angebracht sei, derartige Fälle hinsichtlich der vermögensrechtlichen Stellung der Parteien und insbesondere der Auseinandersetzung nach Beendigung der Gemeinschaft mindestens ähnlich zu behandeln, als wenn diese in einer Ehe miteinander gelebt hätten. Da die Kammer eine Anwendung der HausratsVO in ihrem Fall nicht für möglich hielt, blieb "deshalb nur übrig, die Auseinandersetzung der Parteien in vermögensrechtlicher Hinsicht so zu regeln, wie dies bei der Ehe bis zum Inkrafttreten der HausratsVO der Fall war, nämlich durch Anwendung der Vorschriften des BGB über die Gemeinschaft."

Ob die Entscheidung des Landgerichts von den besonderen Fallumständen - die Parteien hatten die Ehe eingehen wollen - geprägt war, ist nicht auszuschließen, sogar wahrscheinlich. Sie hat jedenfalls in der deutschen Rechtsprechung, soweit abzusehen, keine Nachahmung erfahren. Vielmehr stellte kürzlich noch das OLG Saarbrücken²⁾ fest, das "eheähnliche Verhältnis" sei im Hinblick auf die besondere rechtliche Ausgestaltung, die gerade die Ehe durch den Gesetzgeber erfahren habe, ein völliges "aliud". Nach dem Familien-, insbesondere dem Eherecht, könne eine rechtliche Bewertung eines solchen ehelosen Zusammenlebens zwischen Mann und Frau nicht stattfinden, da die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, vor allem die §§ 1371 und 1931 BGB, eine Ehe zwingend voraussetzten. Eine etwaige analoge Anwendung bedeute einen Verstoß gegen Art. 6, Abs. 1 GG, der eben nur Ehe und Familie unter besonderem staatlichen Schutz stelle. Dabei sei das geltende Familienrecht doch zumindest mit als eine Ausprägung dieses Grundsatzes zu

1) LG Berlin, JR 1952, S. 243

2) FamRZ 1979, 796; zur Kritik vgl. Strätz, FamRZ 1980, 301 (305)

trachten¹⁾.

Sowohl das vom OLG gefundene Ergebnis als auch seine Begründung stellen die wohl heute herrschende Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Literatur dar. Insbesondere versagt man sich der eherechtlichen Betrachtungsweise mit der verfassungsrechtlichen Argumentation; diese folgert nicht nur ein Verbot der Anwendung von Eheregeln aus Art. 6, Abs. 1 GG²⁾, sondern vereinzelt auch aus dem allgemeinen Freiheitsrecht der Eheschließungsfreiheit³⁾.

Müller=Freienfels⁴⁾ rekurriert recht überzeugend auf die Rechtsgeschichte, indem er ausführt, die "fortschrittliche Lösung", als die er die Anwendung des Eherechts auf nichtehelich Zusammenleben bezeichnet, näherte sich eindrucksvoll jenen reaktionären Eheschließungen in der Vergangenheit, bei denen das fehlende Ja-Wort einer Seite durch den Befehl des Landesherrn ersetzt wurde.

Battes⁵⁾ sieht verfassungsrechtliche Grenzen dann gewahrt, wenn eine Gleichbehandlung von ehelichem und nichtehelichem Zusammenleben nur in einzelnen Beziehungen erwogen wird.

Sehr viel sorgfältiger müßte aber die Prüfung der Analogiefähigkeit von eherechtlichen Regelungen vorgenommen werden. Das nichteheliche Zusammenleben ist nämlich nicht so "eheähnlich", wie es mancher juristische Autor schon in seiner Themenwahl vermuten läßt: es mag zwar ein identischer psychologischer Sachverhalt⁶⁾ gegeben

1) OLG Saarbrücken aaO., 797 mN auf BVerfGE 9, 20, 34 = FamRZ 1959, 96 (98 f.); BVerfGE 32, 260 (267) = FamRZ 1972, 198 sowie Roth=Stielow, JR 1978, 233 und Brühl, FamRZ 1978, 859; Schlüter, aaO., S. 18

2) vgl. Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 48; Gotthardt, FamRZ 1980, 17 (18); Kunigk, aaO., S. 98; Rüfner, SchlHA 1979, 65 (66); v. Münch, I., bei Landwehr aaO., 140

3) Schwab, bei Landwehr aaO., 63; Meier=Schering, DRiZ 1979, 296; Schlüter, aaO., S. 17 + 18

4) ZEE 1980, 55 (61)

5) ZHR 1979, 385 (386); von Münch, I., bei Landwehr aaO., 151

6) Speckmann, JZ 1969, 733 (734)

sein, dennoch verbleiben wesentliche Unterschiede¹⁾. So wird herausgestellt, daß im Gegensatz zum nichtehelichen Zusammenleben, das grundsätzlich keine Zeitvereinbarung kennt, sondern auf nicht begrenzte Dauer angelegt ist²⁾, die Ehe eine Stabilitätsvermutung enthält³⁾; sie ist damit eine auf bestimmte Zeit, nämlich bis zum Tode, begründete Gemeinschaft⁴⁾. Davon dürften auch die Vorstellungen der Partner beherrscht sein.

Damit einhergehend besteht zwischen Ehegatten eine Verpflichtung zur umfassenden Lebensgemeinschaft⁵⁾. Unter diesem verpflichtenden Aspekt als spiegelbildlicher Entsprechung der ehelichen Rechte, wie es in dem amerikanischen Begriffspaar "burden and benefits" zum Ausdruck kommt, ist das nichteheliche Zusammenleben bislang niemals ernsthaft betrachtet worden⁶⁾. Eheliche Pflichten, deren Er-

1) so vor allem Lipp, AcP 180 (1980), 537 (550)

2) Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 2, 3;
insofern falsch VG Berlin, NJW 1980, 1589 (1590)

3) Gotthardt, FamRZ 1980, 17 (19)

4) Rüfner, SchlHA 1979, 65 (66); Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 2, 3; Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (239 u. 249), sie bezweifelt aber, ob dies unbedingt auch nach der Eherechtsreform von 1976 noch gilt. Daß die Zielsetzung des Gesetzes aber wohl heute noch von der "Ehe als Lebensbund" ausgeht vgl. Diederichsen, NJW 1977, 217 (218); Zuck, FamRZ 1979, 873 (874, Fn. 13); "untrennbarer Bestandteil des Ehebegriffs auch unter Geltung des neuen Rechts" Palandt-Diederichsen, § 1353, Anm. 1; MünchKomm-Wacke, zu § 1353, Rdz.1

5) Palandt-Diederichsen, § 1353, Anm. 2; MünchKomm-Wacke, zu § 1353, Rdz. 3 ff.; Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (240); Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 18; Lipp, AcP 180 (1980), 537 (562)

6) Es scheint sich aber ein Wandel vorzubereiten. Vgl. insoweit für das amerikanische Recht Ireland v. Flanagan 627 P.2d 496 (1981) 499 "the relationship of the parties, as construed by the parties themselves, imposed upon them a moral obligation to provide for the other, similar to the relationship of husband and wife."

Schlüter, aaO., S. 16 u. 17 wirft nicht nur die Frage nach den berechtigenden, sondern auch nach den verpflichtenden Momenten auf.

füllung durch Klage und Zwangsvollstreckung erzwungen werden können, soweit nicht § 888, Abs. 2 ZPO entgegensteht, können kaum auf das nichteheliche Zusammenleben übertragen werden.

Man denke nur an die Pflicht zur Geschlechtsgemeinschaft oder zur ehelichen Treue; soweit die Gerichte imstande sind, ihre rechtlichen Erwägungen auch hierauf zu erstrecken, dürften sie bei nichtehelich Zusammenlebenden in erhebliche Schwierigkeiten kommen, die nicht nur aus Art. 6, Abs. 1 GG begründet sind¹⁾.

Wenn auch die analoge Anwendung der für die Ehe geltenden Ausgleichsregeln angesichts einer Ähnlichkeit von Interessenlagen nahezuliegen scheint²⁾, ist damit wohl aber die, teilweise vehemente³⁾, Ablehnung eines solchen Vorgehens wegen der dennoch bestehenden Unterschiede gerechtfertigt. Zwar gleichen sich Ehe und nichteheliches Zusammenleben insofern, als Arbeitsteilung und gemeinsames Wirtschaften typische Ungleichgewichte herstellen, die nach Ausgleich verlangen. Die Ehe schafft aber aufgrund ihrer ausdrücklichen Bindung auf Lebenszeit einen Vertrauenstatbestand, den das nichteheliche Zusammenleben wohl kaum für sich in gleicher Weise beanspruchen kann. Diese Beurteilung betrifft jedenfalls, vom vertraglichen Ansatz abgesehen, die rein statusrechtliche Lösung. Es ist angesichts der stringenten Rechtsprechung und fast einhelligen Literaturmeinungen nicht zu erwarten, daß in absehbarer Zeit dieser Standpunkt eine Änderung erfährt.

1) OLG Hamm, NJW 1978, 224 (225); dazu Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (240); Brühl, FamRZ 1978, 859; Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (190); Bosch, FamRZ 1980, 849 (852); siehe hierzu auch Neuhaus, FamRZ 1982, 1 (2), dort Fn. 10 u. 11 sowie OVG Berlin, FamRZ 1982, 66 ff.

2) Battes, ZHR 1979, 385 (386)

3) Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 48; Strätz, FamRZ 1980, 301 (304); Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (239) mN auf die Rspr. des BGH; Derleder, NJW 1980, 545 (546) etwas unverständlich; vgl. hier zuletzt Lipp, AcP 180 (1980), 537 (562): "Ein eherechtliches Argumentieren erscheint im Bereich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft schlechthin indiskutabel"

Ob politische Prämissen, wie sie vereinzelt erkennbar werden¹⁾, geeignet sind, die Diskussion insoweit wieder zu eröffnen, mag hier offenbleiben.

§ 3) Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens nach
amerikanischem Verlöbnisrecht?

Von relativ geringer Bedeutung ist in den Vereinigten Staaten das Verlöbnisrecht, soweit es in Zusammenhang mit dem nichtehelichen Zusammenleben gebracht wird.

Dies liegt daran, daß dieses Rechtsgebiet selbst, jedenfalls heute, seine Konturen weitgehend verloren hat.

Zwar gab es in vielen Bundesstaaten der USA den "Heart Balm"-Grundsatz, übernommen aus dem englischen Recht, wonach der Bruch des Eheversprechens dem verlassenen Teil einen Anspruch auf Schadensersatz gibt²⁾.

Dieser Schadensersatzanspruch konnte in der Vergangenheit einen derartigen Umfang erreichen, daß dies einer der Gründe war, eine Neuregelung herbeizuführen³⁾.

So kam es in vielen Staaten der USA zur Verabschiedung sogenannter "Heart Balm-Acts", die jeden Anspruch auf der Grundlage eines breach of promise to marry vereitelten.

Auswirkungen aus dieser Entwicklung zeigen sich jedoch neuerdings auch bei der Beendigung eines nichtehelichen Zusammenlebens. Dies wird an der Prozeßtaktik in manchem Fall deutlich. So berief sich Thaddeus Kozlowski auf den "Heart Balm-Act" des Staates New Jersey und meinte, eine zuspreekende Entscheidung des Superior Court of -----

1) zur Familienpolitik der SPD: Glendon, 23 American Journal of Comparative Law 1 (10); Rüfner, SchlHA 1979, 65 (66, Fn. 4); Redaktionsanmerkung (Bosch) zu BGH FamRZ 1976, 81 (82) - vgl. auch S. 4, Fn. 4

2) vgl. Bergmann-Ferid, aaO., S. 21

3) Bergmann-Ferid, aaO., Fn. 4; Schnitzler, aaO., Bd. II, S. 496

New Jersey zu Gunsten seiner Lebensgefährtin stehe mit dieser Gesetzesregelung in Widerspruch¹⁾.

Ähnlich ging Lee Marvin vor, als er zu seiner Rechtsverteidigung Bezug nahm auf section 43.5 des California Civil Code, wonach "no cause of action arises for breach of promise of marriage"²⁾. Weder Marvin noch Kozlowski konnten damit durchdringen. In beiden Fällen stellten die Richter fest, die Fallgestaltung passe nicht zu den von den Beklagten gewünschten Rechtsfolgen, da wohl kein Heiratsversprechen vorliege.

Im Fall Marvin wies Justice Tobriner noch ausdrücklich darauf hin, daß seit dem Inkrafttreten der section 43.5 des Civil Code im Jahre 1939 unzählige Fälle mit ähnlicher Ausgangslage wie dem zu beurteilenden entschieden wurden, ohne daß diese Bestimmung angewandt worden sei.³⁾

Der "breach of promise to marry" ist zu unterscheiden von sogenannten "antenuptial agreements". Diese sind das Gegenstück zu vertraglichen Vereinbarungen von nichtehelich Zusammenlebenden, die in den USA schon vor der Ehe geschlossen werden, um eine vermögens- und güterrechtliche Aufteilung für den Fall der Scheidung abweichend von gesetzlichen Regelungen herbeizuführen⁴⁾. Sie haben aufgrund dessen keinen Bezug zum Verlöbnisrecht.

1) Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913 (918)

2) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 115

3) aaO., S. 116

4) Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (390) und Jiminez v. Jiminez, 386 N.E. 2d 647 (1979), 648; nach Krause, Family law, S. 32, ist die Rechtswirksamkeit aber zweifelhaft

Sonstige, an einen vorehelichen Status anknüpfende amerikanische Rechtsinstitute, sind außerhalb des "promise to marry" oder "engagement to marry"¹⁾ nicht vorhanden. Eine Anwendung von Verlöbnisrecht oder sonstigen Regelungen eines vorehelichen Verhältnisses kommt mithin für das amerikanische Recht nicht in Betracht.

§ 4) Verlöbnis und nichteheliches Zusammenleben nach
deutschem Recht

In der Bundesrepublik Deutschland dagegen wird bisweilen vorgeschlagen²⁾, die für das Verlöbnis geltenden Regelungen der §§ 1297 ff. BGB auch auf das nichteheliche Zusammenleben auszudehnen. Zu denken ist hier vor allem an Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche gem. § 1298, Abs. 1, S. 2 und § 1301 BGB.

Evans= von Krbek untersucht die Rechtsnatur des Verlobnisses und stellt dabei fest, daß unabhängig vom vertraglichen Begründungsvorgang das Verlöbnis gleichzeitig aufgrund des mit ihm einhergehenden Kontaktes der Verlobten ein "rechtsgeschäftsanalogen 'Schuld'verhältnis" erzeugt³⁾. Sie entdeckt, obwohl das nichteheliche Zusammenleben gegenüber dem Verlöbnis ein 'minus' sei⁴⁾, Ähnlichkeiten zwischen beiden Partnerschaftsformen: so sei beim Verlöbnis nur der faktische status quo vom Willen der Parteien umfaßt, ohne daß dieser ihnen Rechte oder Pflichten vermitteln sollte, deren Erfüllung, als "Leistung", auch auf dem Klagewege durchsetzbar sein sollte⁵⁾. Die weitere typische Interessenlage des Zu-

1) vgl. Parker, aaO., S. 38

2) Evans= von Krbek, JA 1979, 236 ff.

3) aaO., S. 238

4) aaO., S. 242

5) aaO., S. 241

sammenlebens sei derjenigen von Verlobten vergleichbar, denn beide Beziehungen hätten zur Grundlage ein Zusammenleben in einer, womöglich dem äußeren Erscheinungsbild einer Ehe gleichenden, Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft¹⁾.

Aus diesem Grunde wendet Evans=von Krbek § 1298 oder § 1301 BGB analog an, um Auseinandersetzungsansprüche bei Beendigung der Beziehung zu gewähren, wenn das gemeinsam bewohnte Haus, das einem der Partner zu Eigentum gehörte, das aber durch Aufwendungen des anderen eine Wertsteigerung erfahren hat, in einen Nachlaß zu Gunsten eines Dritten fällt²⁾, oder wenn es um die Geltendmachung von Ansprüchen geht, weil ein Partner jahrelang unentgeltlich den Haushalt geführt und auch die Miete für die gemeinsame Wohnung allein bezahlt hat³⁾. Einen dogmatisch strengeren Weg beschreitet das OLG Frankfurt⁴⁾, wenn es in einem Fall, in dem zwei Verlobte dreieinhalb Jahre eheähnlich zusammengelebt hatten, den Aufwandsersatzansprüchen des klagenden Partners entgegenhielt, trotz des bestehenden Verlöbnisses sei ein Anspruch nach § 1298 BGB nicht gegeben, da es an der notwendigen Finalität der Aufwendungen fehle⁵⁾. Leistungen des einen Verlobten an den anderen seien nämlich bei einer solchen Beziehung nicht notwendig "in Erwartung der Ehe" erbracht. Vielmehr reiche es nicht aus, wenn die Aufwendungen nur dem Zweck dienten, das Verlöbniß als Vorstufe zur Ehe aufrecht zu erhalten, sondern sie müßten auch dazu beitragen, die bei der Verlobung erklärte beiderseitige Heiratsabsicht nunmehr auch in die Tat umzusetzen.

1) Evans=von Krbek, JA 1979, 242

2) als Musterfall BGHZ 35, 103 ff.

3) anders BGH FamRZ 1960, 129

4) FamRZ 1971, 646 ff.

5) aaO., S. 647; vgl. OLG Celle, OLGZ 70, 326 (327);
gleichlautend auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 770

Bei aller Kritik, die das Urteil des OLG gefunden hat¹⁾, ist der Kern seiner Ausführungen, der im Widerspruch zur Aussage von Evans =von Krbek steht, dogmatisch einleuchtend: Nicht ohne Anlaß bezieht die Grundsatzdiskussion über die Rechtsnatur des Verlöbnisses neben anderen Ansätzen auch die Ansicht ein, wonach das Verlöbniß eine besondere Art der Vertrauenshaftung begründet²⁾. Der Schadensersatzanspruch der Parteien gem. § 1298 BGB kann demnach ein Anspruch aus gewährtem und entgegengenommenem Vertrauen sein. Es ist deswegen auch zu bezweifeln, ob die unterschiedlichen Erwartungshaltungen der Partner einer nichtehelichen Beziehung einerseits und eines Verlöbnisses andererseits eine analoge Anwendung der Verlöbnißvorschriften noch rechtfertigen können³⁾. Es mag sein, daß die typische Interessenlage im übrigen sehr stark angenähert oder sogar identisch ist (etwa, wenn die Verlobten eheähnlich zusammenleben), dennoch ist bei der Beendigung der Beziehung ein ganz wesentlicher Unterschied zu erkennen, der einen Schadensersatzanspruch nach einem besonderen Normenkatalog überhaupt erst rechtfertigt: die Partner eines Verlöbnisses erbringen gegenseitig Leistungen zielgerichtet auf einen späteren Zeitpunkt, den Eheschluß, hin. Dem nichtehelichen Zusammenleben dagegen fehlt es an einer solchen Projektion, es gibt für diese Partner keine Erwartungen, die enttäuscht werden können, wenn eine Ehe nicht zustande kommt. Dem trägt die weitaus herrschende Meinung Rechnung, wenn sie bisher von einer analogen Anwendung des Verlöbnißrechts abgesehen hat⁴⁾, weil

1) vgl. nur die Redaktionsanmerkung aaO., 648

2) Canaris, Das Verlöbniß als "gesetzliches" Rechtsverhältnis, AcP 165 (1965) 1 (10); Palandt-Diederichsen, Einf. v. § 1297, Anm. 1 mwN; Schlüter, aaO., S. 24

3) Strätz, FamRZ 1980, 301 (304)

4) Namgalies, aaO., S. 20, 21; Schwab, bei Landwehr aaO., 74, 75; Rüfner, bei Landwehr aaO., 84; Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296; Derleder, NJW 1980, 545 (547); Strätz, FamRZ 1980, S. 301 (304); Lipp, AcP 180 (1980), 537 (562-564); Schlüter, aaO., S. 24

das Verlöbniß eben eine Lebensgemeinschaft ohne immanente Dauerhaftigkeit ist¹⁾ und von vornherein nur als begrenzte Einrichtung angesehen werden kann. Im übrigen wäre das Verlöbnißrecht nicht geeignet, Aussagen über die Vermögenszuordnung bei Beendigung der Beziehung zu treffen, es kann allenfalls nur wenige Konfliktpunkte bereinigen, zu denen etwa die Rückgabe von Geschenken gehören kann²⁾.

Sowohl das deutsche wie auch das amerikanische Ehe- und Verlöbnißrecht eignen sich im Ergebnis nicht, unabhängig von einzelvertraglichen Aspekten, die Vermögensauseinandersetzung nach Scheitern der Beziehung juristisch angemessen zu würdigen. Die Tatsache des Zusammenlebens allein kann damit an keine der Statusregelungen anknüpfen, die der Gesetzgeber für Eheleute und Verlobte geschaffen hat.

II. Vertragsrechtliche Auseinandersetzungsansprüche ohne ausdrücklichen "Zusammenlebensvertrag"

Wurde oben schon festgestellt, daß das nichteheliche Zusammenleben durch ausdrückliche vertragliche Vereinbarung in Hinsicht auf die vermögensrechtliche Auseinandersetzung geregelt werden kann, so stellt sich hier die Frage, ob es auch ohne solche Vereinbarungen, was der Regelfall sein dürfte³⁾, zur Anwendung von Vertragsrecht kommen kann. In gleicher Weise bedarf jeder zweiseitige Vertrag im amerikanischen wie im deutschen Recht der Erfüllung bestimmter Minimalvoraussetzungen; so werden in den USA genannt: Übereinstimmende Willenserklärungen, eine consideration⁴⁾, Geschäftsfähigkeit der

1) Kunigk, aaO., S. 142

2) Derleder, NJW 1980, 545 (547, Fn. 31)

3) Battes, ZHR 1979, 385 (388); Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1714); Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (102)

4) zur consideration s. S. 89

Parteien, die Einhaltung von gesetzlichen Formvorschriften und die Möglichkeit und Erlaubtheit des Vertragszwecks¹⁾.

In der Bundesrepublik Deutschland fordert die vertragliche Begründung eines Schuldverhältnisses (§ 305 BGB) zwischen zwei Personen eine von ihnen erklärte Willensübereinstimmung über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges²⁾. Dabei besteht kein Typenzwang³⁾, sondern es reicht aus, wenn der wesentliche Inhalt des Vertrages zumindest bestimmbar ist⁴⁾.

Der Kern des Problems liegt mithin in beiden Rechtsordnungen⁵⁾ bei der Feststellung übereinstimmender, rechtsfolgebegründender Willenserklärungen⁶⁾.

1) Parker, aaO., S. 123

2) Palandt-Heinrichs, § 145, Anm. 1a; MünchKomm-Kramer, vor § 145, Rdz. 20

3) Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305, Anm. 4

4) ebda., Einf. v. § 145, Anm. 1 a bb)

5) in den USA wurde das Formerfordernis auch im Bereich der vertraglichen Behandlung mit dem nichtehelichen Zusammenleben von Bedeutung. Dort existiert das Statute of Frauds von 1677 (dazu Parker, S. 132 ff.), das für bestimmte Verträge Schriftform vorschreibt. Dies Formerfordernis gilt teilweise auch im Eherecht. Ob rechtsfolgebegründende oder -ausschließende Verträge für das nichteheliche Zusammenleben ebenfalls dem Statute of Frauds unterfallen, scheint nicht abschließend geklärt (vgl. Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1973) und Casad, 77 Michigan Law Review 47 (49) sowie Jiminez v. Jiminez, 386 N.E. 2d 647 (1979), 649). Justice Tobriner betonte in Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 115, die gleichlautende Bestimmung in section 5134 des Civil Code erfasse die Beziehung schon von ihrem Geltungsbereich her nicht und die meisten der Vereinbarungen von nichtehelichen Beziehungen seien mündlich. Er verwies auf zwei Fälle (Ferguson v. Schuenemann, 334 P.2d 668 und Cline v. Festersen, 275 P.2d 149), in denen das Gericht Verteidigungsvorbringen, das sich auf das Statute of Frauds stützte, zurückgewiesen hatte.

6) Gotthardt, FamRZ 1980, 17 (18); vgl. auch Schwab, bei Landwehr aaO., 63; vgl. hierzu die Beweisaufnahme bei Ireland v. Flanagan 627 P.2d 496 (1981) 498

Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem Verhalten der Partner eines nichtehelichen Zusammenlebens oder aus ihren Äußerungen ein objektiver Erklärungstatbestand ergibt, der von einem Erklärungsbewußtsein gedeckt ist, oder ob solche essentialia einer Willenserklärung sich konkludent oder etwa sogar aus rechtlichen oder tatsächlichen Vermutungen ergeben können.

In einem zweiten Schritt schließlich ist zu analysieren, welche Vertragstypen beide Rechtsordnungen bereithalten, um die gewünschten Rechtsfolgen sinnvoll und dogmatisch einwandfrei zu ordnen.

§ 1) Ausgleichsansprüche ohne ausdrückliche Vereinbarung
im amerikanischen Recht

Das amerikanische Richterrecht arbeitet bis heute¹⁾, wobei auffällt, daß sich die Marvin-Entscheidung an keiner Stelle ausdrücklich mit ihr auseinandersetzt, mit der sogenannten Creasman-presumption.

Diese rechtliche Vermutung²⁾, die im Fall West v. Knowles³⁾ eine ausführliche Kritik erfahren hat⁴⁾, wurde im Fall Creasman v. Boyle⁵⁾ entwickelt und ist noch heute grundsätzlich gültig, da

1) zuletzt McCullon-Fall, hier Fn. 1 auf S. 142

2) sehr interessant dazu Associate Justice Dolliver in Hinkle v. McColm, 575 P.2d 711 (1978), 712: "the whole question in the division of property following the breakup of a meretricious relationship is rife with fictions, presumptions and exceptions."

3) 311 P.2d 689 (1957)

4) s. S.108; vgl. auch In re Estate of Thornton 499 P.2d 864 (1972) 866, 867

5) Creasman v. Boyle, 196 P.2d 835 (1948)

sie bislang von keinem amerikanischen Gericht "overruled" worden ist¹⁾.

Die Vermutung hat zum Inhalt, daß der Wille der Partner dahingehe, bei einer Auflösung des nichtehelichen Zusammenlebens das Vermögen allein nach der dinglichen Berechtigung ("who holds title") zu verteilen. Diese Vermutung kann durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden²⁾.

Nichtehelich Zusammenlebende haben bei Ende ihrer Beziehung in vielfacher Weise versucht, die Vermutung zu widerlegen, indem sie sich zum Beispiel beriefen auf implied-in-fact partnership, joint venture, constructive trust, resulting trust und ausdrückliche oder implied-in-fact Erbverträge³⁾.

Die Creasman-presumption dürfte jedoch heute - trotz ihrer theoretischen Gültigkeit - keine Bedeutung mehr haben, eine Durchsicht der Rechtsprechung in den USA läßt es vielmehr zu, von einer genau entgegengesetzten Entwicklung zu sprechen.

So meint Justice Mattina im Fall McCullon v. McCullon⁴⁾, daß der Fall Marvin in einem Punkt eine "overriding"-Bedeutung habe: Justice Tobriner stellt - zum ersten Mal in der Rechtsprechung⁵⁾ - die Ver-

1) McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 230; ausführlich auch Hinkle v. McCollm, 575 P.2d 711 (1978), 712; zum "overruling" Blumenwitz, aaO., S. 34 f.

2) vgl. die Beweisaufnahme bei Ireland v. Flanagan 627 P.2d 496 (498): "Whatever I had was hers; whatever she had was mine."

3) McCullon v. McCullon, aaO., S. 229

4) aaO., S. 231

5) nachdem Justice Peters in seiner dissenting opinion zu Keene v. Keene, 371 P.2d 329 (1962), 329 meinte: "It certainly does no lasting harm to the law to indulge in the mild presumption, that parties intend to deal fairly with each other and that such presumption will be enforced by presuming the intent to create a trust."

mutung auf, daß Partner eines nichtehelichen Zusammenlebens¹⁾ vorhaben, miteinander gerecht umzugehen ("that the parties intend to deal fairly with each other")²⁾.

Aus diesem Umstand folgert der Richter nicht nur ein Regelungsbedürfnis, sondern auch die Möglichkeit eines vertraglichen Rechtsbindungswillens, der es erlauben kann, den Parteien "equitable interests" zuzusprechen. Diese Auffassung hat in der Rechtsprechung und Literatur inzwischen eine derartige Bestätigung erfahren, daß sie als heute geltender Grundsatz für eine rechtliche Erfassung des Innenverhältnisses von nichtehelich Zusammenlebenden in den USA anzusehen ist³⁾.

Es ist nicht zu verkennen, daß insoweit das amerikanische Recht weitgehend ergebnisorientiert arbeitet. Vor einer Lösung wird nämlich die Forderung erhoben, das gesellschaftliche Interesse an der Gerechtigkeit gebiete es, vernünftige Erwartungen von nichtehelich Zusammenlebenden zu schützen⁴⁾. Erst als Folge daraus hat der Richter nach Auffassung von Justice Tobriner⁵⁾ bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung nach möglichen anderen rechtlichen Hilfen zu suchen, um diesem Schutzgebot nachzukommen. So formuliert

1) vgl. Fn. 2 auf S. 141

2) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 121; Kay-Amyx, 65 California Law Review, 937 (1962)

3) "standard feature", vgl. Casad, 77 Michigan Law Review 47 (50); In re Estate of Thornton, 499 P.2d 864 (1972), 867, wonach die Creasman-presumption, die als archaisch bezeichnet wird, overruled werden sollte

4) "Social interest in fairness requires that the reasonable expectations of cohabitants should be protected." Glendon, FSchr. Ferid aaO., 509; Casad, 77 Michigan Law Review 47 (48); Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1710 ff.); Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (265, Fn. 59); Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (372); McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 233; Crutchfield, 19 Journal of Family Law 247 (250) nennt dies "Marvin-type rule"

5) 557 P.2d 106 (1976), 122

te es auch Justice Fleming im Fall *In re Marriage of Baragry*¹⁾, wenn er sagte, "one, who enjoys the benefit of a polygamous lifestyle²⁾, must be prepared to accept its accompanying financial burdens."

Indem so das Erklärungsbewußtsein der Parteien in Richtung auf eine Rechtsfolgenvereinbarung fingiert worden war, blieb offen, in welcher Weise ein objektiver Erklärungstatbestand abseits von ausdrücklichen Willenserklärungen angenommen werden darf. Im Fall *Marvin* war der Richter der Meinung, ein solcher Erklärungstatbestand könne sich aus dem Verhalten der Parteien ergeben. Mit der Anweisung, dieses Verhalten zu untersuchen, wurde das vorinstanzliche Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur weiteren sachlichen Aufklärung an den Superior Court von Los Angeles zurückverwiesen³⁾.

Diese Entwicklung hat, sowohl vom Ergebnis als auch der Begründung her, nicht nur beifällige Aufnahme gefunden. Das Urteil des Supreme Court führte zum Teil zu völlig mißverständlichen Darstellungen in den Medien. So werden die Presseberichte, die nach Urteilsverkündung erschienen und die aufreißerisch darstellten, seit dem Urteil mußten alle nichtehelich Zusammenlebenden ausnahmslos allein aufgrund des Umstandes des Zusammenlebens mit einer Vermögensteilung rechnen⁴⁾, kommentiert, sie stellten die *Marvin*-Entscheidung revolutionärer heraus, als sie in Wirklichkeit sei⁵⁾. Das Urteil

1) 140 Cal.Rptr. 779 (1977), 782

2) in diesem Fall sah sich der Beklagte sowohl Ansprüchen aus einer ehelichen als auch aus einer nichtehelichen Verbindung ausgesetzt

3) 557 P.2d 106 (1976), 122, 123

4) Auswahl von Pressestimmen bei Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (954, Fn. 104) und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (189, Fn. 140)

5) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (50 mwN); ein gleiches Schicksal befürchtet Justice Linde in seiner concurring und dissenting opinion für *Beal v. Beal*, 577 P.2d 507 (1978), 511

genieße die einzigartige Ehre, eine der am meisten mißverstandenen Entscheidungen unserer Zeit zu sein¹⁾.

Während in der Literatur das Urteil einerseits als "gründliche Arbeit" gelobt wird²⁾, wird andererseits die Frage erhoben, ob es nicht "more confusion than justice" gebracht habe³⁾.

Die concurring and dissenting opinion von Justice Clark⁴⁾ zeigt in vier Punkten die Schwachstellen des Urteils auf:

1. wenn section 4452 des Civil Code für nichtehelich Zusammenlebende nicht anwendbar sei, stelle sich die Frage, ob nicht eine unzulässige Gesetzesumgehung vorliege, wenn die gleichen Rechtsfolgen durch Schaffung einer equal division rule herbeigeführt würden.
2. Zweifelhaft sei, ob es bei Beendigung der Beziehung "equitable" sei, die wirtschaftlichen Folgen, die Eheleute treffen würden, auch nichtehelich Zusammenlebenden aufzubürden, wenn diese sich der Heirat versagt hätten, um gerade diese Folgen zu vermeiden⁵⁾.

- 1) Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (954); mißverstanden wohl auch von Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296 (300)
- 2) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (364, Fn. 19)
- 3) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1720)
- 4) 557 P.2d 106 (1976), 123
- 5) vgl. auch Justice Linde, diss., in Beal v. Beal, 557 P.2d 507 (1978), 512, Fn. 2: "In fact, whatever else may be true of the intentions and expectations of unmarried couples (if these are shared at all) the one thing that may often be inferred with some certainty is that they have chosen not to be married and to place themselves within the legal consequences of that relationship."

3. Die Prüfung des Verhaltens der Parteien könnte mit dem Geist des Family Law Act von 1969 kollidieren, der die negativen Folgen, die aus dem Verschuldensprinzip im früheren Scheidungsrecht herrührten, gerade ausschließen wollte.
4. Die Lösung nach equity-Prinzipien kann geeignet sein, die Gerichte mit der kaum zu bewältigenden Aufgabe der Beurteilung häuslicher Streitigkeiten zu konfrontieren.

Die Argumentation von Justice Clark ist deswegen bemerkenswert, weil sie, der Vorgriff sei erlaubt, auch im deutschen Recht anzu-treffen ist¹⁾.

Mary Ann Glendon²⁾ versucht, das Dilemma, in dem sich nichtehelich Zusammenlebende nach der Marvin-Entscheidung sehen können, mit der Fragestellung wiederzugeben: "By not marrying, I did everything I could to avoid support rights, property sharing etc.; Is some court going to tell me now that half of everything I have saved in the past ten years must go to my room-mate?" Justice Clark wirft dem Urteil in Sachen Marvin vor, es bilde eine "nunc pro tunc marriage", scheide sie und verteile das Vermögen nach Maßstäben, an die weder die Parteien, noch das Fallrecht oder der Gesetzgeber gedacht hätten³⁾.

Daß über den Umweg einer Art von Vertrauenshaftung, die in den "reasonable expectations" der Partner ihren Grund findet, eine "faktische Ehe" vom Ergebnis her entstehen kann, wird besonders deutlich durch die Tatsache, daß mehr versteckt in der neueren Literatur der Begriff von der "marriage by estoppel" auftaucht.

1) s. S. 152, 153

2) FSchr. Ferid aaO., S. 508, 509

3) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 124

Seine Verwendung ist eine logische Fortsetzung der im Marvin-Fall aufgestellten Vermutung von der Absicht der Parteien zu einem "fair deal". "Marriage by estoppel"¹⁾ erfordert nicht mehr einen Rechtsbindungswillen der Parteien, sondern diktiert ihnen aufgrund der Tatsache des nichtehelichen Zusammenlebens und nicht der Art des Zusammenlebens (so wie Marvin) ökonomische Folgen wie Eheleuten zu, von denen sie sich möglicherweise nur eingeschränkt durch ausdrückliche Erklärung freizeichnen können.

Daß die Grenzen bei einer solchen Betrachtung fließend sein können, vermögen die Ausführungen von Justice Howell im Fall Beal v. Beal²⁾ zu zeigen; er stellt fest, wenn keine Absichten der Parteien erkennbar würden, seien Folgerungen aus den tatsächlichen Umständen des Zusammenlebens zu ziehen. Das Zusammenleben selbst könne hinreichender Beweis für eine Vereinbarung sein, das währenddessen zusammen erlangte Einkommen aufzuteilen.

Erst zusätzlich will er diese Folgen daraus ableiten, daß gemeinsame Handlungen im finanziellen Bereich festgestellt werden, wie gemeinsame Konteninhaberschaft, gemeinsame Sparguthaben oder gemeinsame Erwerbungen.

Um die Vorgehensweise im amerikanischen Recht besser zu verstehen, mag man sich den Ansatz von Justice Tobriner vor Augen halten, der meint, die einfache Tatsache, daß ein Paar sich nicht einer wirksamen Heiratszeremonie unterzogen habe, sei nicht geeignet für eine Annahme des Gerichts, das Paar habe die Absicht gezeigt,

1) zum estoppel-Prinzip vgl. In re Estate of Atherly, 119 Cal.Rptr. 41 (1975), 44; Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (116, Fn. 56 u. 128) mwN; der Begriff "marriage by estoppel" wird gebraucht bei Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (360, Fn. 7) und Note, 90 Harvard Law Review 1703 (1712, Fn. 34); eine Ähnlichkeit zwischen estoppel-Prinzip und dem "venire contra factum proprium" des deutschen Rechts lassen die Ausführungen von Blumenwitz, aaO., S. 12, annehmen

2) 577 P.2d 507 (1978), 510

Verdienst und Vermögen getrennt und voneinander unabhängig zu verwalten. Vielmehr sei eine solche Absicht nur zu ermitteln bei einer gründlichen Hinterfragung der Eigenarten des Verhältnisses¹⁾.

Dies wird vielfach in anderen Fällen deutlich, wenn untersucht wird, was der Mann der Frau dafür versprochen hat, daß sie ihm den Haushalt führe und gemeinsame Kinder großziehe²⁾.

Vor der Marvin-Entscheidung waren die Gerichte jedoch noch sehr zurückhaltend, was die Zuerkennung von Ansprüchen des Partners betraf³⁾, der kein ausdrücklich eigenes Eigentums- oder sonstiges Recht (joint tenancy⁴⁾ oder resulting trust on property⁵⁾) geltend machen konnte.

Die Literatur, die sich eingehend mit der Marvin-Entscheidung auseinandergesetzt hat, macht ihr unter anderem den Vorwurf, sie habe es an brauchbaren Leitlinien fehlen lassen. Dies bringe für die unverheirateten Paare statt Sicherheit, wie sie vom Gericht gewünscht war, neue Unsicherheiten⁶⁾. Tatsächlich ist der Entschei-

1) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 108; ähnlich auch Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1942): Rechtsfolgen nicht wegen, sondern trotz der speziellen Art der Beziehung; vgl. S. 156 und dort Fn. 5

2) vgl. Hill v. Estate of Westbrook, 247 P.2d 19 (1952) und die Unterinstanz 213 P.2d 727 (1950), 730

3) zum Kontrast zwischen alter und neuer Rechtsprechung Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (362, Fn. 11)

4) Vallera v. Vallera, 134 P.2d 761 (1943)

5) Keene v. Keene, 351 P.2d 329 (1962); s.a. Bruch, The Impact of the Vallera and Keene Cases on the Rights of the Meretricious Spouse, 6 U.C. Davis Law Review 354; zur Kritik an Vallera und Keene s. Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 117-119

6) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1719); Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (380); Casad, 77 Michigan Law Review 47 (56, 57)

dung nicht zu entnehmen, welche Umstände die Annahme einer vertraglichen Bindung oder einer gemeinsamen dinglichen Berechtigung aufgrund von unterstellten Absprachen rechtfertigen sollen.

Der Ansatz des Marvin-Urteils, vernünftige Erwartungen der Partner zu schützen auf der Grundlage einer Absicht, to deal fairly with each other, hat zwar in der nachfolgenden Rechtsprechung Bestätigung erfahren¹⁾, verlässliche Aussagen über das Problem, wann das Verhalten der Parteien zu einer Rechtsfolgenvereinbarung führt, fehlen aber auch hier, sieht man von der mehr beiläufigen Bemerkung von Justice Howell im Beal-Fall ab²⁾.

Zusammenfassend ist damit insoweit festzustellen, daß die Creasman-Entscheidung einerseits und das Urteil in Sachen Marvin v. Marvin andererseits den Rahmen bilden, der dem amerikanischen Recht bei der Behandlung des nichtehelichen Zusammenlebens unter vertraglichen Aspekten gesetzt ist. Die Tendenz geht allerdings erkennbar dahin, Vertrauenstatbestände aufzuspüren, wenn nicht sogar zu unterstellen, und auf dieser Grundlage einen billigen Ausgleich hinsichtlich des Vermögens herbeizuführen. Die Frage bleibt aber, welcher Tatbestand derart zu qualifizieren ist, daß er einen - ebenfalls in seinen Konturen nicht klar zu umschreibenden - Ausgleich rechtfertigt.

1) McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 231

2) s. S. 147, Fn. 2

Justice Snyder läßt sein Unbehagen im Fall Brooks v. Kunz 597 S.W.2d 183 (1980) 184 nur zu deutlich merken. Der Vortrag zum Anspruchsgrund sei auf übliche Art nicht zu beschreiben. Es handle sich um einen Fall eines live-together-without-the-benefit-of-clergy arrangements

§ 2) Ausgleichsansprüche ohne ausdrückliche Vereinbarung
im deutschen Recht

Sehr verschieden von den amerikanischen Auffassungen ist die Problembehandlung in der deutschen Literatur und Rechtsprechung. Dies hat auch seinen Grund darin, daß der deutsche Richter sehr viel stärker als sein amerikanischer Kollege in die Dogmatik eingebunden ist.

So gibt es in unserem Recht keine Möglichkeit, einen fehlenden Rechtsbindungswillen durch eine Lehre von equitable interests zu überwinden¹⁾. Selbst ein Bezug auf das Prinzip von Treu und Glauben, wie es in § 242 BGB seinen Ausdruck findet, vermag hier wenig zu helfen. Insofern muß die Auffassung von Meier-Scherling²⁾, die im Einzelfall das Fehlen eines Rechtsbindungswillens in Hinsicht auf eine gesellschaftsvertragliche Lösung durch den Rückgriff auf dieses Prinzip beheben will, auf Kritik stoßen³⁾.

Ebenso scheint die Möglichkeit ausgeschlossen, nach dem Vorbild einer "marriage by estoppel" das im deutschen Recht ähnliche Gebilde des "venire contra factum proprium"⁴⁾ als anspruchsbegründendes Institut heranzuziehen.

Ob diese Einrede - Einwendung im streng prozeßualen Sinne - als Gegenrecht sich über diese passive Rolle hinaus auch bei strenger Dogmatik als tatbestandsmäßig umschriebene "actio" verwenden läßt, wie es wohl Canaris⁵⁾ nicht ausschließen will, sei dahingestellt.

1) so aber im amerikanischen Recht Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (265, Fn. 59)

2) DRiZ 1979, 296 (300)

3) "Versuch sollte nicht weiter verfolgt werden", Strätz, FamRZ 1980, 301 (306)

4) s. Fn. 1 auf S. 147

5) Canaris,
Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht,
S. 273 ff., insb. S. 302, 353

In jedem Fall haben aber beide Prozeßparteien die Möglichkeit, dem Gegner die Berufung auf hemmende oder vernichtende Gegen- einwendungen oder sogar die Berücksichtigung erheblichen Prozeß- vortrages wegen Rechtsmißbrauches unter dem Gesichtspunkt wider- sprüchlichen Verhaltens zu verwehren.

Geht man nun über diese allseits anerkannte Verwendung des "venire contra factum proprium" hinaus, so wird man dem klagenden Partner konzedieren, das Zusammenleben habe in der Summe seiner Ausgestal- tungen einen Vertrauenstatbestand geschaffen. Daran müsse sich auch der Anspruchsgegner festhalten lassen. Dieser wird aber ent- gegnen, die andere Seite habe eine rechtlich vorgesehene Möglich- keit, die nun einmal die Regelungen des Eherechts für den Aus- gleich von Nachteilen in einer verschiedengeschlechtlichen Bezie- hung bieten, nicht wahrgenommen oder sogar bewußt mißachtet¹⁾.

Der Gedanke an die equity-Maxime des "he who comes into equity must come with clean hands", die sogenannte clean-hands-doctrin, liegt insoweit nahe.

Das "venire contra factum proprium" streitet somit für oder gegen beide Parteien, auch wenn man einer ausgeweiteten Vertrauenshaftung das Wort redet, es ist demnach in der Diskussion über Anspruchsgrund- lagen bei der Auseinandersetzung von nichtehelich Zusammenlebenden kaum verwendbar.

Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, daß dennoch Fallge- staltungen vorstellbar sind, in denen der Anspruchsgegner eine er- kennbare Absicht des Anspruchstellers, die Ehe einzugehen, auf diese oder jene Weise vereitelt hat²⁾, um bei Beendigung der Beziehung zu

1) MünchKomm-Roth, zu § 242, Rdz. 321; ganz unmißverständlich:
Bosch, Anm. zum Urteil des Sozialgerichts Frankfurt, FamRZ 1982,
64 (66)

2) vgl. dazu den Fall Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913
(1978), 916

Lasten des anderen Vorteile aus seinem Vorgehen zu erzielen. Hier dürfte im Einzelfall eine Vertrauenshaftung auf der Grundlage des § 242 BGB gerechtfertigt sein, wie sie in anderen Bereichen anerkanntes Recht geworden ist, etwa in der Figur der Haftung aus culpa in contrahendo, wenn der eine Partner beim anderen die Vorstellung erweckt hat, das Zustandekommen des Vertrages (der Ehe) sei so gut wie sicher¹⁾ oder, wenn eine Partei bewußt die Einhaltung von zwingenden Formvorschriften verhindert hat²⁾. Hier ist jedoch ebenfalls Vorsicht geboten, da nach längerem nichtehelichen Zusammenleben für ein Vertrauen in dieser Hinsicht wohl kein Anlaß mehr bestehen dürfte.

Maßgebend für das deutsche Recht ist - unabhängig davon - wohl die Aussage, wie sie der 4. Zivilsenat des OLG Düsseldorf³⁾ traf: "Für ein solches selbst auf Dauer angelegtes Zusammenleben zwischen Mann und Frau stellt die Rechtsordnung die besondere Rechtsform der Ehe zur Verfügung. Die Parteien haben dadurch, daß sie eine Ehe nicht schließen wollten, zu erkennen gegeben, daß sie nicht in rechtliche Bindungen eintreten wollten. Anderweitige Rechtsbeziehungen haben sie offenkundig nicht vor Augen gehabt und nicht angestrebt und nicht vereinbart." Das OLG markiert damit einen Standpunkt, der zur Diskussion herausfordert.

Aus der Tatsache, daß die nichtehelich Zusammenlebenden weder die Ehe eingegangen sind noch einen ausdrücklichen rechtsfolgebegründenden Vertrag geschlossen haben, folgern große Teile von Rechtspre-

1) MünchKomm-Roth zu § 242, Rdz. 317

2) aaO., Rdz. 296; interessant insoweit OLG Hamburg, FamRZ 1981, 356

3) FamRZ 1979, 581; ebenso deutlich OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265 mit Anm. Bosch

chung und Literatur, die Partner hätten sich bewußt für die Bindungslosigkeit entschieden¹⁾, und eine andere Annahme würde ihnen einen Vertragswillen unterschieben, den sie normalerweise nicht hätten²⁾. Dies habe ohne Differenzierung im Einzelfall für jede Form und Herkunft eines nichtehelichen Zusammenlebens zu gelten. Sicherlich eine vertretbare Ansicht. Sie versagt aber jedenfalls dann, wenn die Parteien sich nicht binden konnten und äußere Zwänge die Möglichkeit der freien Willensbildung in Richtung auf einen Eheschluß von vornherein vereitelten (Inzest-Bindungen, Zusammenleben von anderweitig Verheirateten).

Die Meinung, es ließe sich ein Zusammenlebensvertrag annehmen³⁾, der - womöglich konkludent - zustandegekommen ist und auf den bestimmte eherechtliche Regeln anwendbar seien, begegnet schärfster Kritik⁴⁾, die sogar auf den Vorwurf der Vergewaltigung des Parteiwillens hinausläuft⁵⁾.

Eine vorsichtige Meinung versucht klarzustellen, daß die Partner, da sie offensichtlich keine Ehe eingegangen sind, eherechtliche "Fesseln" vermieden hätten zu Gunsten "vielleicht laxerer Bindungen"⁶⁾.

-
- 1) BGH FamRZ 1970, 19 (20); OLG Hamm, VersR 1977, 531 (533); OLG Hamm, NJW 1978, 224 (225); Brühl, FamRZ 1978, 859; Evans=van Krbek, JA 1979, 236 (242); Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 517; Meier=Scherling, DRiZ 1979, 296; Bartsch, JR 1979, 364 (365)
 - 2) Brühl, FamRZ 1978, 859; Schwab, bei Landwehr aaO., 63
 - 3) so Roth=Stielow, Rechtsfragen des ehelosen Zusammenlebens von Mann und Frau, JR 1978, 233 ff.
 - 4) Bartsch, JR 1979, 346; Brühl, FamRZ 1978, 859; Strätz, FamRZ 1980, 301 (305); Battes, ZHR 1979, 385 (390); Derleder, NJW 1980, 545 (547); Simon, JuS 1980, 252 (253); vgl. auch Finger, JZ 1981, 497 (504) mit sehr ausführlicher Würdigung
 - 5) vgl. Koch, bei Landwehr aaO., 53; Meier=Scherling, DRiZ 1979, 296 (301)
 - 6) Rüfner, bei Landwehr aaO., 84

Der Versuch, einem Rechtsschutzbedürfnis für den klagenden Partner mit der Annahme eines faktischen Rechtsverhältnisses¹⁾ zu begegnen und dadurch vermeintliche Ungerechtigkeiten zu vermeiden²⁾, ist nicht geeignet, dogmatisch das Dilemma fehlender vertraglicher Erklärungen zu umgehen. Eine solche Umgehung ließe sich nämlich mit der Rechtsfigur des faktischen Verhältnisses, so wie sie in Rechtsprechung und Rechtslehre anzutreffen ist, nicht in Einklang bringen³⁾: sie wurde ursprünglich begründet von Haupt⁴⁾, der meinte, die Entstehung einer Gesellschaft verlange nicht zwingend ein rechtsgeschäftliches Handeln, sondern auch ein bloß faktisches Verhalten könne ausreichend sein.

Dies entspricht nicht mehr der heute gültigen Rechtsauffassung. Vielmehr wird der Rückgriff auf das "faktische Verhältnis" nur noch dann als vertretbar angesehen, wenn ein Wille der Parteien zum Abschluß eines Vertrages eindeutig ist, dieser Wille jedoch wegen Form- oder anderer Mängel sich nicht hat rechtswirksam manifestieren können⁵⁾.

-
- 1) grundlegend Schwab, bei Landwehr aaO., 71; Battes, ZHR 1979, 385 (393, 394); Strätz, FamRZ 1980, 301 (305); Derleder, NJW 1980, 545 (547); Ohlenburger=Bauer, aaO., 50; Kunigk, aaO., S. 105; zur legalen Fiktion der société de fait in Frankreich s. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 499
 - 2) so die Fragestellung in der Redaktionsanmerkung (Bosch, S. 62) zu OLG Hamburg, FamRZ 1958, 61
 - 3) anders noch BGH FamRZ 1970, 19 (20), wonach die Grundsätze nur deswegen nicht anwendbar sind, weil die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustands mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit in Widerspruch treten würde
 - 4) über faktische Vertragsverhältnisse, S. 6, 11
 - 5) BGH WM 1965, 795 (796); Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 145, Anm. 5; Derleder, NJW 1980, 545 (547); Strätz, FamRZ 1980, 301 (306); Lieb, Ehegattenmitarbeit, S. 53; vgl. die Nachweise bei Battes, ZHR 1979, 385 (394); unbefriedigend Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 50, 55

Dennoch ist eine vertragliche Abwicklung der Beendigung des nicht-ehelichen Zusammenlebens in Hinsicht auf Vermögensansprüche nicht von vornherein ausgeschlossen. Mit Recht wird allerdings gesagt, es gehe nicht an, den Partnern, die einen Eheschluß bewußt vermieden hätten, auf dem Umweg über einen Vertrag die Folgen eines schlüssig vereinbarten Zugewinnausgleichs aufzuerlegen¹⁾.

Ebenso kann man ohne weitere Anhaltspunkte nicht sagen, das nicht-eheliche Zusammenleben sei in jedem Fall eine Gesellschaft oder sei eine Gemeinschaft²⁾. Es ist offensichtlich, daß dies auch einem mutmaßlichen Parteiwillen, der ja nicht nur die berechtigenden, sondern auch die verpflichtenden Elemente des jeweiligen Rechtsverhältnisses zu umfassen hätte, kaum entsprechen dürfte³⁾.

§ 3) Einzelfallbetrachtung

Viel näher liegt es dagegen, zu untersuchen, ob nicht in einzelnen rechtlichen Beziehungen eine Absicht der Parteien festzustellen ist, bei Beendigung der Beziehung eine gerechte Aufteilung herbeizuführen⁴⁾.

Hier sind vor allem die Gerichte in die Pflicht genommen, eine sachliche Aufklärung dahin zu bewirken, ob sich konkludent oder im Wege der Würdigung von Erklärungen der Partner bei Aufnahme oder während des Bestehens des Verhältnisses ein Vertragsabschlußwille ergibt⁵⁾. Ein genereller Wille des Ausschlusses von Rechtsfolgen, wie

1) Battes, ZHR 1979, 385 (400, 401); Derleder, NJW 1980, 545 (547); Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (241); Schwab, bei Landwehr aaO., 63; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 48

2) so auch BGH FamRZ 1981, 530; nach Lipp, JuS 1982, 17 "Mittelpunkt der Diskussion"

3) vgl. Battes, ZHR 1979, 385 (397)

4) Strätz, FamRZ 1980, 301 (304)

5) ebda., S. 434 (436); zu Fragen des Beweises und der Beweislast im amerikanischen Recht Beal v. Beal, 577 P.2d 507 (1978), 510 und In re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763 (1978), 766; im deutschen Recht Battes, ZHR 1979, 385 (401)

ihn die Rechtsprechung - zuletzt das OLG Saarbrücken sowie das OLG Frankfurt - ¹⁾ wiederholt unterstellt hat ²⁾ und wobei ihr die Literatur in weiten Teilen mit der Formel "wer nicht heiratet, will keine Bindungen eingehen" gefolgt ist ³⁾, verkennt wesentliche Aspekte des nichtehelichen Zusammenlebens ⁴⁾.

Zu Recht meint Battes, das Erklärungsbewußtsein in Verbindung mit vermögensrechtlichen Beziehungen werde man den Beteiligten nicht schon deshalb schlechthin absprechen können, weil sie nicht heiraten ⁵⁾. Diese - ähnlich von Justice Tobriner im amerikanischen Recht vertretene ⁶⁾ - Auffassung nimmt eine Differenzierung vor, und hierin liegt ihr Verdienst gegenüber pauschalen Darstellungen in Literatur und Rechtsprechung, wenn sie sich das nichteheliche Zusammenleben bei seiner Entstehung, das Verhalten der Partner sowie die vom Zusammenleben betroffenen Teilbereiche ansieht, um individuelle Konfliktregelungen zu erörtern. Nur unter dem hier aufgezeigten Blickwinkel wird einsichtig, warum die Gründe für

1) FamRZ 1979, 796 (798) und FamRZ 1982, 265

2) OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 581; angedeutet auch BGH FamRZ 1970, 19 (20); OLG Hamm, NJW 1978, 224 (225); OLG Hamm, VersR 1977, 531 (533); OLG Celle, FamRZ 1982, 63

3) vgl. Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (242); Brühl, FamRZ 1978, 859; Koch, bei Landwehr aaO., 51; Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 517

4) vgl. Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (67): "Längst haben die in der Praxis um Rat angegangenen Juristen eingesehen - wenn sie es nicht schon vorher wußten - daß keineswegs erstrebtes Ziel der Beteiligten in aller Regel 'die beiderseitige völlige Bindungslosigkeit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft' wäre, auch wenn diese die 'Institution' Ehe gerade mit wegen ihres nahezu perfekten Netzes rechtlicher Bindungen für sich ablehnen."
a.A. OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253 und Bosch, ebda., 254

5) ZHR 1979, 385 (392); zur Kritik an Battes s. Finger, JZ 1981, 497 (505)

6) s. S. 148, Fn. 1

die Bevorzugung des nichtehelichen Verhältnisses gegenüber der Ehe einer Analyse¹⁾ und hier schließlich einer Würdigung bedürfen.

Einleuchtend erscheint es, der oben kritisierten Auffassung zu folgen und eine umfassende Bindungslosigkeit für beide Partner anzunehmen, wenn erkennbar die Eingehung einer Ehe vermieden wurde, um die Konsequenzen von Scheidungsfolgen oder anderen wirtschaftlichen Ausgleichsmöglichkeiten auszuschließen. Hier verbleibt selbstverständlich Raum für die Partner, Detailprobleme einzelvertraglich ausdrücklich zu regeln.

Im übrigen aber hat die differenzierte Betrachtungsweise einzusetzen: sind sich die Partner bei Aufnahme ihrer Beziehung oder bei Schaffung von Vermögenswerten während ihrer Beziehung wirklich immer über die ökonomischen Folgen im Klaren? Die Ungewißheit darüber kommt bei Casad zum Ausdruck, wenn er einerseits sagt, "most couples do not consider the economics"²⁾ und andererseits "the parties cohabit fully aware of the relevant facts"³⁾.

Aus der Tatsache, daß wohl die wenigsten nichtehelichen Verbindungen in Berücksichtigung der ökonomischen Konsequenzen einer Beendigung eingegangen werden, läßt sich ebensowenig der Schluß auf den Willen zur Bindungslosigkeit als auf einen Bindungswillen in Richtung auf einen umfassenden Vertrag ziehen.

1) s. S. 45 f.

2) 77 Michigan Law Review 47 (49); Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389; Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (441); Kunigk, aaO.; S.96; Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (371, Fn. 53); Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (135)

3) ebda., S. 55; Brühl, FamRZ 1978, 859; Koch, bei Landwehr aaO., 51

Vielmehr liegt ein anderer Schluß nahe: Partner, die gedankenlos oder mit der Vorstellung, sich auf diese Weise Alimentierungen durch Dritte zu erhalten, das nichteheliche Zusammenleben vorziehen, scheinen darauf zu vertrauen, daß ihnen die Rechtsordnung eine Regelung, wie sie auch für andere Mehrpersonenbeziehungen anerkannt ist, nicht versagen wird¹⁾.

Es ist nicht einzusehen²⁾, warum die gemeinsame Nutzung eines Wagens³⁾, gemeinsames Lottospiel⁴⁾ und die gemeinsame Errichtung eines Hauses⁵⁾ nur dann nach Ausgleichsregeln rufen, wenn es sich um andere Mehr-Personen-Beziehungen handelt als um nichtehelich Zusammenlebende. Auch der gemeinsame Bau eines Hauses durch nichteheliche Partner ist keinem Zufall entsprungen, sondern mit Sicherheit einer getroffenen Absprache, wie diese auch immer aussehen mag.

Dies verkennt auch der BGH in einer Entscheidung nicht⁶⁾, die Rechtsprechung versäumt es im Übrigen jedoch - von Ausnahmen abgesehen⁷⁾ - in logischer Fortsetzung eines solchen Ansatzes den mutmaßlichen Parteiwillen angesichts der tatsächlichen Umstände der Fallgestaltung zu würdigen.

1) vgl. Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (171)

2) Battes, ZHR 1979, 385 (393); vgl. auch Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 109

3) BGHZ 46, 313

4) BGH NJW 1974, 1705

5) BGH WM 1962, 1086

6) BGH FamRZ 1965, 368; für Verlobte s. OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 169; jetzt aber BGH FamRZ 1980, 664; BGH FamRZ 1981, 530, steht damit nicht im Widerspruch

7) OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 109; dazu auch Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (240)

Eine rechtliche Betrachtung hat sich somit zu verlagern von der Beurteilung des nichtehelichen Zusammenlebens auf die Betrachtung von einzelnen Bereichen dieses Verhältnisses, auf die durch Absprachen oder auf andere Weise geregelte vermögensrechtliche Zuordnung von einzelnen Vermögenswerten und Gegenständen¹⁾.

Damit wird weder die Vertragsfreiheit²⁾ aufgehoben noch dem Willen der Partner Gewalt angetan. Es wird auch nicht, von der dargestellten Möglichkeit einer Haftung aus "culpa in contrahendo"³⁾ abgesehen, die Lehre vom vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis⁴⁾ unnötig strapaziert.

Schließlich mag noch ein Faktor zu bedenken sein: selbst wenn harte Anforderungen an die Annahme eines Rechtsbindungswillens der Partner gestellt werden, ist nicht zu verkennen, daß auch Eheleute wenige Vorstellungen von den ökonomischen Folgen ihrer Verbindung haben⁵⁾. Ihnen allerdings erlegt das Gesetz solche Folgen auf, ohne ihren dementsprechenden Rechtsbindungswillen bei Abschluß des "Ehevertrages" zu berücksichtigen⁶⁾. Es ist schwer einzusehen,

- 1) Dies wird im Urteil des OLG Düsseldorf, aaO., S. 110, erkennbar, wenn das OLG ausführt: "Hinsichtlich des Wagens bestand zwischen den Parteien eine Innengesellschaft."; vgl. auch den Fall Hinkle v. McColm, 575 P.2d 711 (1978), 712, in dem das Gericht die rechtliche Lage untersuchte, hinsichtlich "boat, trailer, camper, automobile, outboard motor, winch, wedding tools, saddle, television set and citizen bandradio" und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (179); vgl. zuletzt BGH NJW 1981, 1502; vgl. auch OLG Celle, FamRZ 1982, 63 "Der Bekl. ist allerdings zuzugeben, daß eine solche anderweitige Bestimmung nicht ausdrücklich getroffen zu werden braucht, sondern es genügt, wenn sie sich aus den Umständen ergibt. Hierfür reicht jedoch der Umstand, daß die Gesamtgläubiger in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gelebt haben, als solcher nicht aus."
- 2) Strätz, FamRZ 1980, 301 (305) mwN; für Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (442) spielt die "Vertragsfreiheit" eine untergeordnete Rolle, wenn existentielle Rechte auf dem Spiel stehen
- 3) s. S. 152
- 4) vgl. Schwab, bei Landwehr aaO., 74; Derleder, NJW 1980, 545 (547)
- 5) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (103)
- 6) dies gilt auch unabhängig von § 1353 BGB bei der Annahme von konkludent geschlossenen Gesellschaftsverträgen für die Ehegatteninnengesellschaft, vgl. Lieb, aaO., S. 46

warum andere rechtliche Folgen, die zur Verfügung ständen, einer anderen - vielleicht ebenso gedankenlos eingegangenen¹⁾ - Verbindung versagt werden sollen²⁾.

Das amerikanische Recht begegnet damit dem deutschen Recht, wenn festgestellt wird, das nichteheliche Zusammenleben sei zu regeln nicht wegen, sondern trotz der Beziehung³⁾.

Es ist demnach möglich, Rechtsbeziehungen der Partner im Einzelfall aufgrund stillschweigender Vereinbarungen⁴⁾ oder der Würdigung von Erklärungen und Handlungen als rechtlich erheblich anzunehmen⁵⁾ und die vermögensrechtliche Zuordnung nach dem erkennbaren oder mutmaßlichen Parteiwillen und dem dazu bestehenden ver-

- 1) Battes, ZHR 1979, 385 (401) wendet demgegenüber ein, die strenge Form der Eheschließung führe den Verlobten ganz allgemein das Gewicht der übernommenen Verantwortung vor Augen. Dies trifft sicherlich zu. Es rechtfertigt jedoch nur den konkreten Schluß, den Battes daraus gezogen hat. Unterstellt man den Eheschließenden den gleichen Gedanken, der im Strafrecht die straflose Vorbereitungshandlung vom strafbaren Versuch unterscheidet, "jetzt geht es los", wird "es" kaum die Vorstellung von der Wirtschaftsgemeinschaft sein. Ähnlich formulierte es der Supreme Court im Fall Maynard v. Hill, 125 U.S. 190 (1888) 211=8 S.Ct. 723, 729: "other contracts may be modified, restricted or enlarged, or entirely released upon the consent of the parties. Not so with marriage. The relation once formed the law steps in and holds the parties to various obligations and liabilities."
- 2) Strätz, FamRZ 1980, 434 (436) meint, die Zweifel am Rechtsbindungswillen scheinen vor allem in der grundsätzlichen Ablehnung des Konkubinats begründet zu sein.
- 3) Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (942)
- 4) vgl. Fn. 2 auf S. 141
- 5) allerdings kritisch zur Konstruktion stillschweigender Willenserklärungen Battes, ZHR 1979, 385 (391) mwN und Lieb, aaO., S.51

tragsrechtlichen Instrumentarium vorzunehmen, selbst auf die Gefahr hin, daß der im Prozeß unterliegende Partner sich ob dieser Konsequenzen verwundert die Augen riebe¹⁾.

III. Konkrete Regelungsmöglichkeiten

nach

§ 1) Gesellschaftsrecht

a) Das Recht der partnership

Im Fall Marvin hatte Justice Tobriner ausdrücklich erwogen, das Recht der partnership, die etwa unserer Personengesellschaft vergleichbar sein dürfte, auf das nichteheliche Zusammenleben anzuwenden²⁾. Ebenso wie für die anderen Rechtsinstitute, die gleichwertig als Lösungsmöglichkeiten angegeben werden, fehlen aber jegliche Hinweise, bei welcher tatsächlichen Fallgestaltung zum Beispiel der gesellschaftsrechtlichen Lösung der Vorzug zu geben ist. Den amerikanischen Gerichten, vor allem den kalifornischen Untergerichten, ist damit wenig geholfen, wenn sie den Marvin-Fall als Präzedenzfall heranziehen wollen.

Obwohl damit, vergleichbar wohl dem deutschen Recht, eine auffallende Zurückhaltung der Rechtsprechung in dieser Richtung festzustellen ist³⁾, gibt es dennoch eine Entscheidung, die Erkenntnisse zur Anwendung von Gesellschaftsrecht zu vermitteln vermag. Diese Entscheidung, In re Estate of Thornton⁴⁾, verkündete der Supreme

1) Bartsch, JR 1979, S. 364 (365)

2) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 122

3) Strätz, FamRZ 1980, 434 (436); Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (179) meint, bei den amerikanischen Gerichten insoweit mehr Großzügigkeit feststellen zu können

4) 499 P.2d 864 (1972)

Court of Washington im Jahre 1972¹⁾.

Im Jahre 1953 begann die Beziehung zwischen dem verstorbenen Roy Thornton - Beklagter ist der Nachlaßverwalter - und der Klägerin Lucy Antoine. In dem gemeinsamen Haushalt lebte das Paar - Roy war noch anderweitig verheiratet - in einer familiären Beziehung bis zum Tode von Roy im Jahre 1969 zusammen. Aus der Verbindung gingen 4 Kinder hervor.

Anfang der 50er Jahre begannen sie gemeinsam mit der Viehzucht. Die Gewinne, die dieser Betrieb abwarf, wurden verwendet, um unter Roys Namen Farmland zu kaufen, auf das der Betrieb umgesiedelt wurde. Lucy nahm in gleicher Weise wie Roy an den Entscheidungen zum Farmmanagement teil wie an der täglich anfallenden Arbeit. Roy beschränkte sich nach einer schweren Erkrankung seit 1967 auf reine Verwaltungstätigkeit, vor allem in finanzieller Hinsicht. Für den Fall, daß Bargeld für den Betrieb benötigt wurde, füllte Lucy die Schecks aus, die dann von Roy, der ein alleiniges Zeichnungsrecht besaß, unterschrieben wurden.

Nach dem Tode Roys erhob Lucy Klage. Sie meint, sie habe zusammen mit dem Verstorbenen eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung an dem Vermögen gehabt. Hilfsweise macht sie geltend, sie habe als Nachlaßgläubigerin einen Anspruch in Höhe des Wertes der von ihr und ihren Kindern geleisteten Arbeit, den sie auf 68 525 \$ veranschlagt.

Der Trial Court und der Court of Appeals²⁾ wiesen ihre Klage ab.

1) zu diesem Urteil s. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 502; dies., State, Law and Family, S. 94, 95; dies., 62 Virginia Law Review 663 (694); Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (394, 395); Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1716, Fn. 59); Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (118, 119) zur Fallgestaltung vgl. im deutschen Recht OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796=NJW 1979, 2050 eine vergleichbare Entscheidung ist Brooks v. Kunz 597 S.W.2d 183 (1980)

2) 5 Wash. App. 1008 (1971)

Der Supreme Court hob die Entscheidungen auf und verwies den Fall zurück.

Zum Ausgangspunkt seiner Beurteilung machte er die Frage¹⁾, ob es dem überlebenden Partner eines nichtehelichen Zusammenlebens²⁾ zugestanden werden könne, allein durch die begleitenden Umstände und das Handeln der Partner Beweis dafür zu erbringen, daß eine Vereinbarung hinsichtlich einer Gesellschaft³⁾ oder joint venture⁴⁾ existiert, die das Geschäftsvermögen betrifft, das nach außen hin dem verstorbenen Partner zusteht. Die andere Alternative wäre, ob die Klägerin das Vorhandensein eines ausdrücklichen Gesellschaftsvertrages⁵⁾ zu beweisen hätte.

- 1) 499 P.2d 865 (1972), 865
- 2) Justice Finley, aaO., nennt es "meretricious relationship"
- 3) was hier mit "partnership" gleichgesetzt wird
- 4) so wird eine Vereinbarung bezeichnet, die nur für einen bestimmten Zweck gegründet wurde, wie etwa eine Automobilreise oder die Abfassung eines Buches. Die Regeln des Gesellschaftsrechts werden hier so weit analog angewandt, als es die Umstände zulassen, vgl. Parker, aaO., S. 159; ebenso Justice Polow in Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913 (1978), 917: "the rules of law which apply to partners apply also to joint ventures" mwN; Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169. (178, Fn. 62); als Lösungsvorschlag für das nichteheliche Zusammenleben auch Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (402, Fn. 64)
- 5) Die konstituierenden Elemente der Gesellschaft werden in einem anderen Fall (Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913 (1978), 917) dargestellt: nach dem Uniform Partnership Law, wie es in New Jersey gilt, ist eine Gesellschaft eine Verbindung von zwei oder mehr Personen zum Zwecke einer gewerblichen Gewinnerzielung unter gemeinschaftlicher Berechtigung (N.J.S.A. 42 : 1 - 1). Dazu gehören eine Vereinbarung, das Teilen von Gewinn und Verlust, Eigentum an dem und Kontrolle über das Geschäftsvermögen und die Verwaltung, gemeinsame Geschäftsführung sowie Rechte bei Auflösung der Gesellschaft und in Hinsicht auf Außenbeziehungen.

Das Gericht nahm zwar zu Gunsten von Lucy Antoine nicht eine ausdrückliche gesellschaftsvertragliche Vereinbarung an, aber es folgte ihrem Begehren mit der Konstruktion des prima-facie-Beweises für eine "implied partnership"¹⁾.

Es berief sich dabei - im Übrigen unter ausdrücklicher negativer Erwähnung der Creasman-presumption²⁾ - auf den Fall Nicholson v. Kilbury³⁾, der ein law of implied partnership enthält. Danach hängt das Vorhandensein einer Gesellschaft von den Vorstellungen der Parteien ab. Diese sind zu ermitteln aus ihrem Handeln und Verhalten sowie allen Tatsachen und Umständen. Zwar sei ein Gesellschaftsvertrag, ausdrücklich oder stillschweigend (implied-in-fact) notwendig, diese Notwendigkeit betreffe aber nicht den unmittelbaren Beweis. Dies traf im Übrigen für den genannten Fall umso mehr zu, als das Gericht sich gehindert sah, das Verhalten der Parteien irgendeinem anderen Rechtsinstitut zuzuordnen.

Nach Ansicht von Justice Finley war die Creasman-presumption für diesen Fall schon aus dem Grunde nicht anzuwenden, weil sie ihre Wirkung lediglich zur Geltung bringen könne, wenn Rechte allein aus der Tatsache und nicht den Umständen des nichtehelichen Zusammenlebens, wie im Recht der partnership, abgeleitet werden⁴⁾.

Damit war die Möglichkeit gegeben, gesellschaftsrechtliche Ansprüche von Lucy Antoine aus den Umständen der Beziehung und ihren Handlungen bei Verwaltung des Farmbetriebes gegen den Nachlaß von

1) 499 P.2d 864 (1972), 867

2) s. S. 141 f.

3) 145 P. 189 (1915), 191

4) 499 P.2d 864 (1972), 868

Roy Thornton anzuerkennen. Im Ergebnis trat das nichteheliche Zusammenleben damit in den Hintergrund. Es waren vielmehr die nach außen erkennbaren Handlungsweisen, die es erst zusätzlich zum Zusammenleben der Partner erlaubten, die Beziehung aufgrund des nunmehr möglichen prima-facie-Beweises dem Gesellschaftsrecht zu unterstellen. Eine Entscheidung mithin, die zur Verallgemeinerung kaum tauglich ist. Dies zumal, als das Gewicht der gemeinsamen gewerblichen Betätigung auch bei einer Beurteilung im deutschen Recht die Grundsätze der Ehegatteninnengesellschaft zum Zuge kommen ließe.

Im Fall Kozlowski¹⁾ dagegen versagte sich das Gericht der Anwendung von Gesellschaftsrecht (oder auch joint venture). In diesem Fall begann die Beziehung zwischen Irma und Thaddeus Kozlowski im Jahre 1962, als sie 48 Jahre alt, verheiratet und Mutter von zwei Kindern war. Auch der 42-jährige Thaddeus hatte zwei Kinder. Nach viermonatigem Werben - der Tatbestand ist insofern lesenswert - begründete man einen gemeinsamen Hausstand, in den drei der vier Kinder aufgenommen wurden. In den 15 Jahren der Beziehung, während der Thaddeus seine Partnerin als Ehefrau ausgab, schuf dieser sich ein wohl ansehnliches Vermögen, während Irma über ihre persönlichen Gegenstände hinaus nichts besaß. Er hielt seine Geschäftstätigkeit vom Privatleben getrennt, wenn auch Irma bisweilen als Gastgeberin seine Kunden und Geschäftspartner betreute. 1968 trennten sich die Parteien kurzfristig, und Irma unterschrieb ein Anerkennnis, wonach sie 5000 \$ zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche gegen Thaddeus erhalten haben soll. Eine Woche später wurde die unterbrochene Beziehung wieder aufgenommen, Wünsche seiner Partnerin, endlich zu heiraten, beantwortete Thaddeus mit dem schlichten Satz "it's what is in the heart that really counts." 1977 schließlich endete die Beziehung, als sich Thaddeus einer um 24 Jahre

1) s. Fn. 4 auf S. 163

jüngeren Frau zuwandte und Scheidungsklage wegen seiner ersten Ehe erhob.

Ohne auf den Thornton-Fall einzugehen, stellte Justice Polow zwar fest, aus dem Verhalten von Parteien¹⁾ könne grundsätzlich auf eine Gesellschaft geschlossen werden, er äußerte aber seine feste Überzeugung, nichts im vorliegenden Fall deute darauf hin, daß eines der konstituierenden Elemente einer gesellschaftsrechtlichen Berechtigung der Klägerin in bezug auf die Geschäftstätigkeit oder Grundstücksverkäufe des Beklagten vorhanden sei. Es sei insoweit kein Beweis angeboten, meint der Richter, und weist damit diesen Anspruchsgrund zurück, wohlgemerkt, ohne auf den im Thornton-Fall angenommenen prima-facie-Beweis einzugehen.

Interessant dürfte in diesem Zusammenhang sein, daß nach Darstellung von Justice Mattina im McCullon-Fall eine quasi-gesellschaftsrechtliche Lösung in Indiana, Kansas und Oklahoma gewählt wird, um zu Gunsten des gutgläubigen Partners einer ungültigen Ehe "equitable results" zu erzielen²⁾.

b) Das nichteheliche Zusammenleben - eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts?

1. Standpunkt der Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung hat sich in einer Reihe von Entscheidungen mit der Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher Regelungen auf nichteheliches Zusammenleben auseinandergesetzt.

Eine einheitliche Linie läßt sich hierbei aber nicht entdecken; vielmehr bestehen recht divergierende Positionen - durch alle Instanzen hindurch - die eine Rechtssicherheit, vor allem für die -----

1) unter Hinweis auf Jackson v. Hooper, 74 A. 130 (1909)

2) McCullon v. McCullon, 410 N.Y.S.2d 226 (1978), 229

Untergerichte, nicht gewährleisten können. Solche Divergenzen können sogar im Bereich eines Gerichts auftreten, wie es das Beispiel des OLG Düsseldorf zeigt. Der vierte Zivilsenat des Gerichts¹⁾ lehnt nicht nur die Annahme eines Gesellschaftsvertrages ab, sondern stellt darüber hinaus fest, die Parteien hätten keine konkreten gemeinsamen Ziele gehabt, die in der Regel nur aufgrund rechtlicher Bindung verfolgt werden; ihre Beziehungen hätten sich in der Führung eines gemeinsamen Haushaltes und eines eheähnlichen Verhältnisses erschöpft.

Mit diesem rechtskräftigen - die Revision wurde nicht zugelassen - Urteil von April 1979²⁾ kontrastiert eine Entscheidung des achtzehnten Zivilsenats desselben Gerichts von Februar 1977³⁾.

Diese betraf folgenden (abgekürzten) Sachverhalt: Die Klägerin, eine Kinderpflegerin, hatte mit dem Beklagten, einem Studenten, "längere Zeit wie Eheleute zusammengelebt, obwohl sie unverheiratet waren." Nach der Trennung Ende 1974 entstand Streit zwischen den Parteien auch in finanzieller Hinsicht. Dieser Streit drehte sich im wesentlichen um einen gebrauchten Pkw, der Anfang 1974 unter dem Namen des Beklagten angeschafft und, dies sei unterstellt, mit Mitteln aus der Familie der Klägerin finanziert worden war.

Nach der Trennung von der Klägerin veräußerte der Beklagte den Wagen und behielt den Verkaufserlös, von dem die Klägerin nunmehr im Klagewege einen Anspruch auf einen halben Anteil geltend macht. Das Gericht gab der Klage insoweit statt. Nach seiner Ansicht bestand hinsichtlich des Wagens eine Innengesellschaft. Im Innenverhältnis der Parteien habe man sich gegenseitig verpflichtet, die Erreichung eines bestimmten Zwecks in bestimmter Weise zu fördern.

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1979, 581

2) mit leider sehr kurzem Tatbestand

3) OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 109; vgl. auch BGH NJW 1981, 1502

Dies betraf den Erwerb, die Unterhaltung und die Benutzung des Wagens. Fahrten des anderen Partners sollten ebenso gefördert werden wie die eigenen. Bei dieser Sachlage seien die an einen Gesellschaftsvertrag zu stellenden Anforderungen erfüllt. Demnach hatte die Klägerin einen schuldrechtlichen Anspruch, im Rahmen des rechtlich Möglichen so gestellt zu werden, als ob sie gesamthänderisch an dem zum Gegenstand der Innengesellschaft gehörenden Vermögen des Beklagten, nämlich an dem Pkw, beteiligt wäre.

Gem. §§ 730 ff. BGB konnte sie damit die Hälfte des Veräußerungserlöses herausverlangen. Auch bei dieser Entscheidung sah das Gericht keinen Anlaß, die Revision zuzulassen, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung habe.

So mag es auch zu erklären sein, daß der BGH bislang selten mit der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung bei der Beendigung eines nichtehelichen Zusammenlebens befaßt worden ist.

Mit nachfolgender Fallgestaltung hatte er sich Anfang 1965 zu befassen: Die Beklagten, eine Erbengemeinschaft, wenden sich im Wege der Revision gegen ein Urteil des OLG Bremen, nach dem der Klägerin gemäß den Grundsätzen der Innengesellschaft ein Anspruch gegen den Nachlaß zuerkannt wurde¹⁾. Die Klägerin und der Erblasser hatten jahrelang unverheiratet zusammengelebt, da die Ehefrau des Erblassers einer Scheidung nicht zustimmte. Aus der Verbindung stammt ein Kind. Der Verstorbene hatte 1949 ein Grundstück auf seinen Namen gekauft und darauf in gemeinsamer Anstrengung mit der Klägerin ein Haus gebaut.

Die Klägerin macht nunmehr, nach Verkauf des Hauses durch die Erben, gegen diese einen Anspruch in Höhe des halben Verkaufserlöses geltend. Der BGH wies die Revision der Beklagten zurück.

1) BGH FamRZ 1965, 368

Unter Bezugnahme auf seine Rechtsprechung zur Ehegatteninnengesellschaft meinte das Gericht, das OLG habe nicht etwa solche Erwägungen seiner Beurteilung zugrunde gelegt, sondern richtigerweise¹⁾ aufgrund der konkreten Umstände des vorliegenden Falles einen Sachverhalt festgestellt, der alle wesentlichen Merkmale einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft aufweist, nämlich die beiderseitige vertragliche Verpflichtung der Beteiligten, einen gemeinsamen Zweck zu fördern.

Daß die Anwendung der Grundsätze der Ehegatteninnengesellschaft, die auf solche Fälle beschränkt sind, in denen die Eheleute eine "besondere Zweckgemeinschaft" gebildet hatten, deren Zweck über den der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht, auf einer anderen, höher gelagerten Ebene erst gerechtfertigt ist, zeigen die Ausführungen des BGH. Danach ergebe sich bei Eheleuten die Verpflichtung, die gemeinschaftlichen Vermögensinteressen zum Beispiel auch durch Mithilfe beim Erwerb eines Hausgrundstücks zu fördern, in der Regel bereits aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft und erfordere deshalb keinen gesellschaftlichen Zusammenschluß²⁾.

1) vgl. BGH FamRZ 1958, 15 und Jeder, aaO., S. 30; s.a. BGH FamRZ 1981, 530

2) zur Ehegatteninnengesellschaft vgl. Palandt-Diederichsen, § 1356, Anm. 4d; MünchKomm-Wacke zu § 1356, Rdz. 25; Lieb, aaO., S. 185 ff.; Maiberg, Ehegatteninnengesellschaft nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BB 1975, 385 ff.; Schlüter, aaO., S. 25 f.; BGH NJW 1974, 1554 u. 2045; zur "Ehegattenaußengesellschaft" und deren Unterschieden zur Innengesellschaft vgl. jetzt BGH FamRZ 1982, 141.

Wenn der BGH auch die Unterschiede stark betont, so dürfte seine Entscheidung, die sich sehr formal auf eine grundbuchmäßige Verlautbarung der Gesellschaft stützt, nicht so eindeutig sein, daß sie nicht in der weiteren Diskussion einer Interpretation zu Gunsten der Innengesellschaft ausgesetzt sein kann. Bosch, Anm. zu OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 264 (267) erkennt diese Möglichkeit und nimmt dies zum Anlaß, den BGH massiv zu kritisieren

In dem vorliegenden Fall dagegen bedürfe es zur Begründung einer solchen Verpflichtung einer besonderen vertraglichen Bindung. Aus der Tatsache des Fehlens eines Gesamthandvermögens ergebe sich andererseits gerade die Möglichkeit einer Innengesellschaft¹⁾. Der BGH bestätigte die Auffassung des OLG, daß die Klägerin gegen die Beklagten nach der Auflösung der Gesellschaft gem. §§ 730, Abs. 1; 1967, Abs. 2; 2058 BGB einen Anspruch auf Auseinandersetzung hat.

In einer späteren Entscheidung läßt der BGH offen, ob eine vertragliche Bindung nach Gesellschaftsrecht vorliegt, äußert aber angesichts des Sachverhalts starke Zweifel²⁾.

Nicht in Übereinstimmung mit der bislang veröffentlichten BGH-Rechtsprechung ist das Urteil des OLG Saarbrücken von Mai 1979³⁾. Das OLG geht nämlich schon zu Beginn seiner gesellschaftsrechtlichen Prüfung von einer Auffassung aus, die erkennen läßt, daß die schon oben erwähnte "höhere Ebene" als maßgebend betrachtet wird. Es meint, zwischen den Partnern sei über das bloße eheähnliche Zusammenleben hinaus die Förderung eines ganz gesonderen gemeinschaft-

-
- 1) BGH FamRZ 1965, 368=WM 1965, 793; Bollerstedt, Der gemeinsame Zweck ..., JuS 1963, 253 (255); Brüning, Ehegatteninnengesellschaft und Anfangsvermögen, NJW 1974, 1802
 - 2) BGH FamRZ 1970, 19 f.;
vgl. auch BGH FamRZ 1980, 664, wo dem nichtehelichen Zusammenleben der Charakter einer Rechtsgemeinschaft in wirtschaftlicher Hinsicht abgesprochen wird (=NJW 1980, 1520)
erneut bestätigt zuletzt durch BGH NJW 1981, 1502 (1504) = FamRZ 1981, 530 und OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 264; hierzu: Lipp, JuS 1982, 17
 - 3) FamRZ 1979, 796;
BGH FamRZ 1974, 1554 u. 2045; auf gleicher Linie OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265 mit Anm. Bosch (267)

lichen Zwecks nicht - auch nicht stillschweigend - vereinbart worden. Das Gericht will damit die Innengesellschaft auch zwischen nichtehelich Verbundenen nur unter den gleichen engen Voraussetzungen bejahen wie unter Eheleuten.

Die Regelungen bei Innengesellschaften seien auch bei Eheleuten nur beschränkt anwendbar: lägen die beiderseitigen Leistungen und Bestrebungen lediglich im Rahmen des allgemein Eheüblichen, wozu auch noch der Erwerb einer Wohnung bzw. der Bau eines Hauses gehört¹⁾, so liege keine sogenannte Ehegatteninnengesellschaft vor.

Ohne dem OLG den Vorwurf machen zu wollen, diese Argumentation sei - ebenso wie im amerikanischen Recht (wenn auch mit anderen Konsequenzen) - ergebnisorientiert, sind ihre Grundlagen so nicht haltbar.

Der von dem Gericht unterstellte Ausgangspunkt läßt sich nämlich nur schwer als sinnvoll begründen: zu Recht werden bei Eheleuten strenge Anforderungen an das Vorliegen einer stillschweigend begründeten Innengesellschaft gestellt. Dies hängt nicht damit zusammen, daß "die Ehe keinen Zweck hat", sondern weil diese Art des Zusammenlebens durch eine "Grundverbindung" bestimmt ist, die durch die eheliche Lebensgemeinschaft ihren besonderen Zweck in sich trägt²⁾.

Es ist nicht einleuchtend, warum einerseits die gleichen - strengen - Voraussetzungen auch im Falle des nichtehelichen Zusammenlebens erfüllt sein müssen, andererseits aber herausgestellt wird, die Ehe

1) FamRZ 1979, 797; interessant hierzu die Darstellung bei BGH FamRZ 1982, 141 = NJW 1982, 170, zur "Ehegattenaußengesellschaft": zwischen den Zeilen ein Abrücken von der bisher vertretenen Auffassung

2) vgl. BGH, NJW 1974, 1554: "Dann kann ein Gesellschaftsverhältnis zwischen ihnen bestehen, selbst wenn das Vorhaben zugleich den Zwecken der Ehe dient."; s.a. Thiele, Miteigentumserwerb der Ehegatten, FamRZ 1958, 115 (118); vgl. hierzu BGH FamRZ 1982, 141 = NJW 1982, 170 und Bosch, FamRZ 1982, 143 und hier Fn.

sei in ihrer besonderen rechtlichen Ausgestaltung, die sie durch den Gesetzgeber erfahren habe, ein "völliges aliud"¹⁾. Zwar stellt das OLG richtig fest, ehelos zusammenlebende Partner wünschten erkennbar einen Status, der qualitativ und quantitativ geringere wechselseitige Rechtsverbindlichkeiten begründet als im Falle des Eingehens einer Ehe. Daraus folgt aber nicht, daß auch in bezug auf §§ 705 ff. BGB die Abwägung der Interessenlagen zu dem Ergebnis führt, ein Bindungswille könne, da weitergehend als bei Eheleuten, nicht unterstellt werden.

Einen gewissen Mittelweg schlägt eine neuere Entscheidung des BGH zu diesem Problem ein, die im Sommer 1980 veröffentlicht wurde²⁾. Der Erblasser und seine Lebensgefährtin hatten bis zum Tode des Mannes sieben Jahre zusammengelebt. Nach fünf Jahren der Beziehung hatte die Frau ein Haus erworben, auf ihren Namen eintragen lassen und gemeinsam mit dem Erblasser bezogen. Die Finanzierung des Kaufpreises wurde zu einem großen Teil durch den Erblasser erbracht. Eine Erbin verlangt mit ihrer Klage die vom Erblasser auf das gemeinsam aufgenommene Darlehen gezahlten Tilgungsraten zurück.

Der BGH stellt gleich zu Beginn seiner rechtlichen Beurteilung fest, ein Ausgleichsanspruch der Klägerin bestehe nicht auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage. Zwar sei es im Einzelfall möglich, die Beziehung nichtehelich Zusammenlebender an gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu messen. Insofern enthält sich der BGH ganz bewußt der Beantwortung der Frage, wann gesellschaftsrechtliche

1) OLG aaO., S. 797; insoweit absolut folgerichtig die Kritik von Bosch, Anm. zu OLG Frankfurt, FamRZ 1982, 265 (267) sehr salopp Lipp, AcP 180 (1980) 537 (549), der einfach eine "Parallelwertung in der Nichtehelichensphäre" vollzieht

2) BGH FamRZ 1980, 664 (= NJW 1980, 1520); hierauf baut die Entscheidung des BGH vom 23.2.1981 (NJW 1981, 1502) auf

Normen anzuwenden seien, und verweist auf die auch hier angegebenen Literaturstellen und insbesondere auf sein Urteil von April 1965¹⁾, das nach wie vor Gültigkeit habe.

Dennoch enthält das Urteil auch insoweit eine wichtige Feststellung: nach Ansicht des Gerichts hat eine gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung in diesem Verhältnis zur Mindestvoraussetzung, "daß die Parteien überhaupt die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam benutzt werden würde, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte." Für die Erfüllung dieser Mindestvoraussetzung habe die Klägerin nicht ausreichend vorgetragen, insbesondere nicht darzulegen vermocht, daß mit dem Grundstückserwerb eine gemeinsame Wertschöpfung beabsichtigt gewesen sei. Allein das nichteheliche Zusammenleben in dem Haus rechtfertige es nicht, eine Innengesellschaft anzunehmen.

Das Urteil des BGH, das auch im übrigen jede Rechtsgemeinschaft zwischen nichtehelich Zusammenlebenden mit der Begründung ablehnt, die persönlichen Beziehungen ständen im Vordergrund und beherrschten auch das vermögensmäßige Handeln der Partner, kommt zu dem bemerkenswerten Ergebnis, daß kein Ausgleichsanspruch zu Lasten der weiblichen Partnerin des Verhältnisses besteht.

Ganz überzeugend ist das Urteil trotz dieses Ergebnisses nicht. Wenn der Finanzierungsbeitrag des Erblassers keine Schenkung an die Beklagte gewesen ist, was soll er dann anders gewesen sein, als ein Beitrag zur gemeinsamen Wertschöpfung? Allein die Tatsache, daß das Hausgrundstück grundbuchmäßig der Beklagten gehörte, vermag unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten den unstreitigen Sachverhalt nicht bedeutungslos zu machen, in welchem Maße der Erb-

1) FamRZ 1965, 368; auf gleicher Linie BGH FamRZ 1981, 530

lasser den Hauskauf erst ermöglicht hatte. Kauf und gemeinschaftliches Wohnen in dem Haus bildeten damit einen wirtschaftlichen Hintergrund der Beziehung, der durchaus als eigenständiger Zweck von dem persönlichen Verhältnis getrennt gesehen werden kann, selbst wenn er kausal mit diesem verknüpft war. Wie schon festgestellt, ist das nichteheliche Zusammenleben eben keine Ehe, so daß auch dogmatisch eine solche Zweckabrede auf keine Bedenken stoßen kann.

Ob allerdings ein anderes als das vom BGH gefundene Ergebnis - mag man auch seine Begründung nicht teilen - der besonderen Sachlage "gerecht" werden kann, muß vorsichtigen Zweifeln begegnen.

Die Kritik am Urteil des BGH führt zu weiteren Fällen, in denen allerdings der Annahme eines gesellschaftsvertraglichen Verhältnisses keine anspruchsbegründende Wirkung zukam:

So meinte das LG Wiesbaden¹⁾, das über eine Räumungsklage zu entscheiden hatte, welche zwischen zwei ehemals nichtehelich Zusammenlebenden anhängig war, zwischen den Parteien habe ein gesellschaftsähnliches Verhältnis bestanden. Begründet wurde dieses Verhältnis nach Ansicht des LG in tatsächlicher Hinsicht dadurch, daß sich die Parteien zusammengetan haben, um gemeinsam zu wirtschaften und, bei Berücksichtigung der Darlegungen des Klägers, dieser im wesentlichen die Verpflegungskosten der Parteien bestritten habe, während die Beklagte für beide den Haushalt geführt hatte. Die Bereitstellung von Wohnraum durch eine Partei als gegenständlicher Bereich für die Entfaltung der Lebensgemeinschaft sei ebensowenig dem Mietrecht unterworfen, wie dies auch "für sonstige, weniger umfassende Zusammenschlüsse mehrerer Personen (gelte), auch wenn sie sich in einer vorwiegend ökonomischen Zielsetzung erschöpfen."

Uneinheitlich ist die Rechtsprechung des OLG Hamm: Hatte der 9. Zivilsenat des Gerichts²⁾ im Dezember 1976, im übrigen auch bei

1) FamRZ 1960, 152 (153)

2) VersR 1977, 531 (533)=FamRZ 1977, 318 (320)

einer mietrechtlichen Streitigkeit, entschieden, das Verhältnis der Parteien sei durch beiderseitige völlige Bindungslosigkeit gekennzeichnet, was durch ein weiteres Urteil des 11. Zivilsenats im September 1977 erneut klargestellt wurde¹⁾, tendieren der 1. Familiensenat in einem Urteil von Mai 1979²⁾ und der 3. Familiensenat in einem Urteil von Oktober 1978³⁾ in eine andere Richtung.

In den beiden letzten Fällen waren allerdings unterhaltsrechtliche Fragen betroffen. Das Gericht hatte keine Bedenken bei der Feststellung, die Erbringung der Kosten für die Lebensführung der eheähnlichen Gemeinschaft durch einen Partner seien keine freiwilligen Zuwendungen, sondern "Beiträge zu der bestehenden Gemeinschaft oder Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB"⁴⁾.

Die Zurückhaltung der Rechtsprechung, die Strätz⁵⁾ entdeckt, wenn es um die Anwendung von Gesellschaftsrecht auf das nichteheliche Zusammenleben geht, ist demnach nicht ganz eindeutig. Eine kritische Würdigung der hier angeführten Entscheidungen, die sich am Ergebnis orientiert, nährt den Verdacht, daß die Gerichte mit wenigen Ausnahmen oft ebenso verfahren und ihre Zurückhaltung ablegten, wenn die Anwendung von Gesellschaftsrecht die Partner eines nichtehelichen Zusammenlebens benachteiligte, sei es gegenüber einem Vermieter, sei es gegenüber dem unterhaltspflichtigen

1) NJW 1978, 224 (225)

2) FamRZ 1979, 819 (820)

3) FamRZ 1979, 133

4) ebda.

5) FamRZ 1980, 434 (436)

Ehegatten, oder einem von ihnen den gewünschten Rechtsschutz versagte¹⁾.

Erkennbar wird, und hier hat Strätz den Finger auf die Wunde gelegt, die in der grundlegenden Ablehnung des Konkubinats liegende Motivation²⁾. Ganz augenfällig wird dies in der aktuellen Entscheidung des OLG Frankfurt vom 23.10.1981³⁾.

2. Literaturansicht

Diese wird allerdings in der amerikanischen und deutschen Literatur, vor allem in neuerer Zeit, nicht so deutlich.

Viel eher sehen hier die Autoren die enge Verwandtschaft, die zwischen Personengesellschaft und Ehe existiert⁴⁾. Gleichzeitig wird auch die weitgehende Ähnlichkeit der Interessenlagen erkennbar.

Der Gesetzgeber ist zum Beispiel in den Vereinigten Staaten einer solchen Betrachtungsweise gefolgt⁵⁾, als er bei Schaffung des UMDA die Vermögensaufteilung nach Beendigung der Ehe einer Gesellschaft in Liquidation (winding up) so weit wie möglich anglich.

-
- 1) vgl. auch Wacke, NJW 1979, 2585 (2587): "soweit es zu ihrem Nachteil gereicht, dürften keine Bedenken bestehen, nichteheliche Lebensgemeinschaften der Ehe gleichzustellen."
 - 2) aaO.; Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (395, Fn. 27); Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (107)
 - 3) FamRZ 1982, 265 mit zustimmender Anmerkung von Bosch (267)
 - 4) zur naturrechtlichen Auffassung der Ehe als Spezialfall eines Gesellschaftsvertrages s. Ringeling, ZEE 1980, 143 (145)
 - 5) Glendon, 8 Family Law Quarterly 315 (317); dies., 62 Virginia Law Review 663 (706); dies., 23 American Journal of Comparative Law 1 (23)

Er folgte damit einer Forderung, die schon im Jahre 1869 in einem berühmten Aufsatz von John Stuart Mill mit dem Titel "Subjection of Woman" aufgestellt worden war¹⁾.

Die Rechtsgeschichte unterstützt eine solche Auffassung, scheint doch die heutige Personengesellschaft oder partnership ihre Wurzel in dem frühgeschichtlichen Familien- oder Sippenverband zu begründen²⁾. Am Rande wird dies bei Boehmer³⁾ deutlich, der in bezug auf die Hausarbeit der Ehefrau schreibt, auch wenn sie keinen Geldverdienst einbringe, sei sie doch als Beitrag des "arbeitenden Gesellschafters" eine ungemein wichtige produktive Leistung für den Familienunterhalt.

Und dennoch sind Eheleute keine Gesellschaft: was die Anwendung von Gesellschaftsrecht auf die eheliche Lebensgemeinschaft, unterhalb der Stufe der Ehegatteninnengesellschaft, verbietet, ist die "Grundverbindung", wie sie zwischen Ehegatten besteht⁴⁾.

Eine solche Grundverbindung auch dem nichtehelichen Zusammenleben zu unterstellen, wäre dogmatisch und tatsächlich nicht gerechtfertigt⁵⁾.

1) vgl. Fn. 5 auf S. 176

2) Ebel, Die Ehe als juristische Person, FamRZ 1978, 637 (639, 640); Battes, ZHR 1979, 385 (395 mwN)

3) MDR 1950, 386 (388)

4) Henrich, Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FamRZ 1975, 533 (536)

5) Battes, ZHR 1979, 385 (391); a.A. wohl Bosch, FamRZ 1980, 849 (852)

Mit dem Fortfall der Grundverbindung, die zwar gesellschaftsrechtliche Züge haben mag oder sogar hat, aber immer notwendig zur Folge hat, daß die spezifisch familienrechtlichen Regelungen einer rechtsähnlichen Anwendung des Gesellschaftsrechts vorgehen¹⁾, ist der Weg frei zu einer gesellschaftsrechtlichen Betrachtung des nichtehelichen Zusammenlebens. Die Kritik, der ein solcher Lösungsweg ausgesetzt wird, knüpft an ganz verschiedenen Aspekte an: soweit sie sich gegen die Annahme wendet, ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis könne nicht durch stillschweigende Willenserklärungen begründet werden, begegnet sie der herrschenden Auffassung, die auch in anderen Fällen, und dort oft großzügiger, mit solchen Konstruktionen gearbeitet hat²⁾.

Einer der schärfsten Gegner der gesellschaftsvertraglichen Lösung dürfte in neuerer Zeit wohl Derleder sein³⁾. Er wendet sich gegen eine ökonomistische Auffassung, da ein Gesellschaftsvertrag weder dem Selbstverständnis der Parteien entspreche noch den sozialen Tatsachen⁴⁾.

Zusammen mit Schwab⁵⁾ gibt er zu, daß die Anwendung von Gesellschaftsrecht den Vorteil bietet, die formale sachenrechtliche Zuordnung von Vermögensgegenständen im Sinne einer gerechten Teilung zu überspielen⁶⁾. Er versäumt es jedoch, von diesem Ansatz

1) Thiele, FamRZ 1958, 115 (118); Schlüter, aaO., S. 28

2) Ohlenburger-Bauer, aaO., S. 49; Battes, ZHR 1979, 385 (393, Fn. 48 mwN); Gernhuber, FamRZ 1979, 193 (202); deswegen auch nicht gerechtfertigt der Hinweis von Schlüter, aaO., S. 27, man nehme Zuflucht zur freien Rechtsfindung

3) NJW 1980, 545 (547); ähnlich auch Lipp, AcP 180 (1980), 557 (567-590) sowie Finger, JZ 1981, 497 (505, 506)

4) ebda., S. 547, Fn. 21

5) bei Landwehr aaO., 70

6) vgl. Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (121); ebenso Stückradt, aaO., S. 44, 45

her zu differenzieren. Es läßt sich schlechterdings nicht sagen, das nichteheliche Zusammenleben ist eine Gesellschaft - was Derleder auch mit Recht, in Übereinstimmung mit der gesamten Literatur - ablehnt¹⁾. Dennoch steht auch er vor dem Problem, die Rechtsbeziehungen nichtehelich zusammenlebender Partner zu analysieren und interessengerecht aufzulösen; seine Lösung ist jedoch nicht überzeugend, wenn er nicht einmal einen Vertrag eigener Art mit gesellschaftsrechtlichen Ausprägungen erörtert²⁾, andererseits aber feststellt, das nichteheliche Zusammenleben könne "Rechtsgrund" im Rahmen des § 812, Abs. 1 BGB sein³⁾.

Schwerer wiegen schon die Bedenken, die für Schwab im Vordergrund stehen⁴⁾: es gehe nicht an, die gemeinsame Haushaltsführung als die konsumwirtschaftlich-äußere Seite der Lebensgemeinschaft zum Zwecke eines Gesellschaftsvertrages zu erheben⁵⁾, weil das gemeinsame Haushalten nicht von der personalen Seite einer Lebensgemeinschaft getrennt werden könne⁶⁾.

Ähnlich wird wohl auch Angermeier⁷⁾ zu verstehen sein, der meint, "business dealings" wären nur anwendbar, wenn die nichtehelich Zusammenlebenden auch "business partners" wären.

1) vgl. auch Battes, ZHR 1979, 385 (397)

2) bei einem Hauserwerb will er jedoch u.U. eine Innengesellschaft annehmen unter Anwendung von Grundsätzen, wie sie zur Ehegatteninnengesellschaft entwickelt wurden, NJW 1980, 545 (551)

3) ebda. S. 548

4) bei Landwehr aaO., 68

5) so wohl auch die neue BGH-Entscheidung, s. Fn 2 auf S. 170

6) darauf nimmt auch Derleder, NJW 1980, 545 (547) Bezug

7) 50 Indiana Law Journal 389 (398)

Dem wird aber, besonders von der amerikanischen Seite, vorgehalten, daß gesellschaftsrechtliche Lösungsansätze eben doch dieser Lebensform adäquat seien: schließlich sei der häufigste Fall einer freiwilligen Verbindung nach der Ehe die "partnership in business"¹⁾.

3. Eigene Ansicht

Selbst wenn man Schwab folgt, der der personalen Beziehung - zu Lasten des Gesellschaftsrechts - ein derartiges Gewicht gibt²⁾, ist doch zu betonen, daß der personale Bereich gleichermaßen in der Ehe wie auch in der Personengesellschaft von ausschlaggebender Bedeutung ist. "Treuepflichten"³⁾ und "Solidaritätsprinzip"⁴⁾ sind in gleicher Weise hier wie dort Kennzeichen eines umfassenden Austauschverhältnisses⁵⁾.

Der Umstand, daß dem nichtehelichen Zusammenleben, zusätzlich zum gemeinsamen Wirtschaften in den verschiedensten Erscheinungsformen, auch diese Elemente zu eigen sind⁶⁾, empfiehlt das Gesellschaftsrecht als das Gebiet, in dem für das nichteheliche Zusammenleben angemessene rechtliche Lösungen gefunden werden können. Im Gegensatz zu Schwabs Auffassung wird damit die gesellschaftsrechtliche Diskussion eher noch gefördert als abgebrochen.

1) Glendon, 23 American Journal of Comparative Law, 1 (23, Fn. 82)

2) so auch BGH, Fn. 2 auf S. 170

3) Ballerstedt, JuS 1963, 253 (257, 258); Battes, ZHR 1979, 385 (396) mwN Fn. 57

4) Battes, aaO., S. 396; ders., Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag, S. 225 ff.

5) zur Ehe als "Schicksalsgemeinschaft" s. Stöcker, NJW 1972, 553 (555), Fn. 36; Baumann, aaO., S. 96, 97 spricht vom "Societätsgedanken" bei der Ehe und vom "Sozietätsverhältnis" beim Konkubinats

6) insofern zutreffend Lipp, AcP 180 (1980), 537 (548)

Die Rechtsfolgen eines gesellschaftsrechtlichen Lösungsansatzes werden auch den Umständen der Beziehung gerecht.

Sie erlauben nämlich, die Beteiligung der Partner an einem solchen Verhältnis gleichgewichtig zu bemessen, unabhängig davon, ob die Beiträge in der Erbringung von häuslichen Diensten zu erblicken sind oder in der Bereitstellung von Kapital¹⁾. An die gemeinsame Zweckverfolgung²⁾ (common purpose) zu hohe Ansprüche zu stellen, dürfte verfehlt sein³⁾.

Die Rechtsprechung ist in beiden Rechtsordnungen großzügig, soweit andere als nichteheliche Beziehungen betroffen sind⁴⁾. Darüber hinaus zeigt unter anderem auch der BGH mit seinen Entscheidungen zum Mätressentestament, daß nunmehr auch "achtenswerte Beweggründe" anzuerkennen sind, die Vermögenszuwendungen im Verhältnis nichtehelich Zusammenlebender tragen können⁵⁾.

Es dürfte daher angemessen sein, die gemeinsame Erfüllung materieller Lebensbedürfnisse wie Wohnung, Heizung, Ernährung, Reisen usw., nicht jedoch das nichteheliche Zusammenleben als solches, als Zweck eines gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses anzusehen⁶⁾.

1) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (119) mN auf den Thornton-Fall; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 49

2) dazu Ballerstedt, JuS 1963, 253 (254)

3) anders aber Simon, JuS 1980, 252 (253); zutreffend Schlüter, aaO., S. 28

4) Strätz, FamRZ 1980, 434 (436); Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 121

5) Kunigk, S. 106; kritisch Ohlenburger=Bauer, S. 49, 50; a.A. 1964 noch Stückradt, aaO., S. 46 unter Berufung auf die damalige Rechtsprechung Fn. 4

6) Battes, ZHR 1979, 385 (394)

Die daraus notwendigerweise resultierende Einzelfallbetrachtung¹⁾ stößt jedoch auf eine Grenze, wo das eheliche Güterrecht beginnt. Es mag zulässig sein, eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Inhalt einer community-property-Vermögensaufteilung oder eines Zugewinnausgleichs vorzunehmen; solche, als gesetzliche Rechtsfolgen der Ehe vorbehaltene, Institute, im Wege eines stillschweigend oder durch schlüssige Handlungen zustande gekommenen Vertrages zu konstruieren, erforderte weder einen Vertrauensschutz noch ließe das Erklärungsbewußtsein oder, hier vor allem im deutschen Recht, die verfassungsrechtliche Einordnung der Ehe zu²⁾.

Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung vollzieht sich demgemäß nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln über die Auseinandersetzung gem. §§ 730 ff. BGB oder des "winding up" nach "dissolution" der Gesellschaft³⁾. Sie erlaubt eine gerechte Aufteilung von gemeinschaftlichen und nur einem Partner gehörenden Vermögenswerten, aber u.U. auch der Schulden, die einer im gemeinsamen Interesse gemacht hat, sowie möglicherweise Ersatz für unentgeltliche Mitarbeit⁴⁾.

1) Strätz, FamRZ 1980, 434 (436); vgl. auch BGH NJW 1981, 1502 (1503)

2) Battes, aaO., S. 386

3) vgl. Parker, aaO., S. 160

4) Strätz, aaO., S. 436; Kunigk, aaO., S. 114 f.; Derleder, NJW 1980, 545 (547, Fn. 21); kritisch Battes, aaO., S. 397; Ausgleich für Mitarbeit bei Simon, JuS 1980, 252 (253) nur bei Kapitalisierung der Arbeitsleistung

Voraussetzung für eine vermögensmäßige Aufteilung ist jedoch, daß das in Frage stehende Vermögen nachweislich entsprechend dem Willen beider Beteiligten dem Zweck des gemeinsamen Wirtschaftens gewidmet war und sich die Widmung dabei nicht nur auf die gemeinsame Nutzung erstreckt¹⁾.

Bedenken in dieser Beziehung können vor allem dann am Platze sein, wenn die Gewichte zwischen Partnern ungleich verteilt sind: so bringt der eine die Kosten des Verhältnisses auch für den anderen auf, ohne einen entsprechenden Gegenwert zu erhalten; oder, seine Einstandsleistung in finanzieller oder gegenständlicher Hinsicht bei Aufnahme des Verhältnisses macht einen späteren wirtschaftlichen Standard erst möglich.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß es im Einzelfall nicht nur erlaubt, sondern auch gerechtfertigt sein kann, die vermögensmäßige Auseinandersetzung nach Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens den gesellschaftsrechtlichen Regeln zu unterwerfen²⁾. Der Grund dafür liegt nicht darin, daß das nichteheliche Zusammenleben stets die Entstehung einer Gesellschaft oder partnership zur Folge hätte. Es handelt sich vielmehr um eine Beziehung rein tatsächlicher Art, deren Erscheinungsbild es unter bestimmten Voraussetzungen nahelegt, gesellschaftsrechtliche Normen bei der Vermögensauseinandersetzung anzuwenden, um einem mutmaßlichen oder konkludent geäußerten Willen Rechnung zu tragen³⁾.

1) Battes, ZHR 1979, 385 (402, 403)

2) "gangbarer Weg" Simon, JuS 1980, 252 (253)

3) insofern auch zu pauschal Lipp, AcP 180 (1980), 537 (567-574)

§ 2) Gemeinschaftsrecht

Ein anderer Lösungsweg wird beschritten, wenn auf das nichteheliche Zusammenleben die Regeln der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB oder der joint tenancy angewandt werden.

Die joint tenancy kommt zwar der deutschrechtlichen Gesamthand nahe¹⁾, sie unterscheidet sich dennoch von der Gesellschaft dadurch, daß es sich bei den tenants lediglich um bloße Miteigentümer handelt²⁾. Eigenheiten weist sie insofern auf, als sie trotz rechtlicher Bindung der tenants untereinander dem Einzelnen im Außenverhältnis keine Beschränkungen auferlegt. Jeder Miteigentümer kann über die ganze Sache verfügen. Alle Miteigentümer erscheinen jedoch in der "joint tenancy" als eine Rechtsperson! Beteiligungen fallen im Erbfall nicht in den Nachlaß des verstorbenen tenants, sondern wachsen den anderen tenants an.

Auch die Bruchteilsgemeinschaft³⁾ beschränkt sich auf das gemeinsame Haben einer Sache, sie ist Interessengemeinschaft und nicht Zweckgemeinschaft, was ihren wesentlichen Unterschied zur Gesellschaft ausmacht⁴⁾.

Nach Ansicht von Hirsch⁵⁾ ist die joint tenancy die einzige praktische Absicherung, daß jeder seinen eigenen Beitrag zurückerhält, wenn das Verhältnis endet.

1) Parker, aaO., S. 67, 68

2) ebda., S. 158;
zur joint tenancy auch Blumenwitz, aaO., S. 10 und Ferid-Firsching, Intern. Erbrecht, Grdz. D VII US, Rdz. 89

3) der wohl eher noch die "tenants in common" entsprechen, vgl. Ferid-Firsching, aaO.

4) Palandt-Thomas, § 741, Anm. 1

5) aaO., S. 55; ähnlich auch Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1966, 1967) Fall 2 Betty und Tom

a) Die deutsche Rechtsprechung

Eine so klare Befürwortung wird man im deutschen Recht vergeblich suchen.

Lediglich das Landgericht Berlin hat 1952 die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts angewendet¹⁾. Seiner Entscheidung kommt aber nur beschränkter Aussagewert zu, da die Fallgestaltung eine besondere war²⁾: die Partner hatten nach Feststellung des Gerichts die feste Absicht, die Ehe miteinander einzugehen. Da der Eheschließung keine gesetzlichen Hinderungsgründe entgegenstanden und beide Partner durch tätige Mitarbeit und durch Hingabe der ihnen zur Verfügung stehenden Einnahmen zur Führung des gemeinsamen Haushalts beigetragen hatten, war nach Ansicht des Gerichts das Verhältnis der Partner einer Ehe so ähnlich, daß es sittlich und rechtlich angebracht erscheine, derartige Fälle hinsichtlich der vermögensrechtlichen Stellung der Partner und der Auseinandersetzung nach Beendigung der Gemeinschaft ähnlich zu behandeln, wie dies bei Ehepartnern der Fall wäre.

Das Gericht, das sich allerdings an einer Anwendung der Hausrats VO im konkreten Fall gehindert sah, wandte das Recht an, das vor Inkrafttreten der HausratsVO auch für Eheleute (sofern es sich um zur gemeinsamen Berechtigung geeignete Rechte handelte und "sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergab") galt, nämlich das der Bruchteilsgemeinschaft. Damit erwuchs den Parteien gem. § 741 BGB eine gemeinsame Rechtszuständigkeit, wobei sich die Höhe der Anteile nach dem Wert der erbrachten Leistungen und, soweit ein solcher Wert nicht feststellbar ist, nach der Vorschrift des § 742 BGB richtet.

1) JR 1952, 243

2) Es handelte sich im Übrigen ausschließlich um bewegliches Vermögen

Die Rechtsprechung hat sich nach der Berliner Entscheidung nur vereinzelt, soweit erkennbar, mit der vorstehenden Problematik auseinandergesetzt¹⁾ - hier dürfte sich eventuell in der weiteren Diskussion um das nichteheliche Zusammenleben noch ein weiteres Feld eröffnen.

b) Die amerikanische Rechtsprechung

Erheblich weniger Zurückhaltung zeigt die amerikanische Rechtsprechung. Die Option der joint tenancy wird von vielen Obergerichten offengehalten²⁾. Zu den Anforderungen an die joint tenancy, auch in Hinsicht auf Beweis- und Beweislastfragen, nahm der kalifornische Court of Appeals, Dritter District, in der Entscheidung Beckman v. Mayhew Stellung³⁾. In diesem Fall hatte sich die Klägerin, Claire D. Beckman, zur Klagebegründung darauf bezogen, daß die Ausgaben für Baumaterial zur Erstellung des gemeinsamen Hauses durch den Beklagten Kenneth Mayhew, mit dem sie nichtehelich zusammengelebt hatte, von einem gemeinsamen Girokonto stammten⁴⁾. Sie stützte darauf eine widerlegliche Vermutung, daß (schon) die Einzahlung auf ein gemeinsames Konto⁵⁾ eine joint ownership (=joint tenancy) erzeuge. Justice Friedman folgte ihr zwar unter

-
- 1) unverständlich der Hinweis von Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 17, Fn. 1 auf OLG Hamburg, FamRZ 1958, 61 und BGH FamRZ 1970, 19. Die Kontroverse scheint jedoch wieder aktuell zu werden: vgl. zuletzt das Urteil des BGH vom 23.2.1981 (NJW 1981, 1502), mit dem der Auffassung des Schleswig-Holsteinischen OLG, die §§ 741 ff. BGB seien anwendbar, eine entschiedene Absage erteilt wird
 - 2) Vallera v. Vallera, 134 P.2d 761 (1943), 763, Croslin v. Scott, 316 P.2d 755 (1957), 758, Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 116, Fn. 10; Beal v. Beal, 577 P.2d 507 (1978), 510
 - 3) 122 Cal.Rptr. 604 (1974); damit korrespondiert OLG Celle, FamRZ 1982, 63 hinsichtlich der Fallgestaltung
 - 4) aaO., S. 607
 - 5) joint tenancy wird häufig bei Bankkonten von Ehegatten angenommen

Berufung auf die Entscheidung Schmedding v. Schmedding¹⁾, er sah jedoch die Vermutung durch Beweis widerlegt²⁾.

Hierzu hatte nämlich der Beklagte ausgesagt, er habe niemals die von ihm vorgenommenen Einzahlungen auf das gemeinsame Konto als Geschenk betrachtet. Vielmehr sei dieses Konto in dieser Form nur eingerichtet worden, damit in seiner Abwesenheit fällige Rechnungen bezahlt werden können.

c) Die deutsche Literaturmeinung

Schwab³⁾ möchte für das deutsche Recht, wobei er an die Verteilung von Hausratsgegenständen denkt, unter bestimmten Bedingungen einen Teilungsanspruch nach §§ 741 ff. BGB annehmen. Diese Bedingungen, vorausgesetzt, man lehnt eine analoge Anwendung des § 1357 BGB ab, sollen sein, daß derjenige, der das Erwerbsgeschäft tätigt, im eigenen und zugleich im Namen des anderen Partners (möglicherweise als verdeckter Stellvertreter) handelt, so daß beide Miteigentümer werden. Wenn dies gewollt ist oder für den Normalfall mangels anderweitiger Abreden als gewollt betrachtet wird, kommen nach seiner Ansicht die Gemeinschaftsregelungen zum Zuge⁴⁾. Eine gründliche Auseinandersetzung mit dieser Auffassung fand bisher nicht statt. Lediglich Derleder⁵⁾ möchte in umfassender Weise Hausrat sowie sonstige Konsumgüter der Teilung nach Gemeinschaftsrecht

1) 49 Cal.Rptr. 523

2) 122 Cal.Rptr. 604 (1974), 607

3) bei Landwehr aaO., S. 70

4) kritisch Kunigk, aaO., S. 99

5) NJW 1980, 545 (548, 549); zur Kritik Lipp, AcP 180 (1980), 537 (564) und ders., JuS 1982, 17 (18-20)

unterwerfen, da eine solche Lösung den Vorteil hätte, daß "sie an die reale Lebensgestaltung der Parteien anknüpft, keine Erforschung der Finanzierungsverhältnisse und Unterhaltsbeiträge in der Vergangenheit erfordert und ohne eine zu weitgehende Verrechtlichung auskommt"¹⁾.

Ebenso schlägt er eine solche Regelung vor, wenn unter beider Namen die Partner ein Konto eingerichtet haben und darauf ihre Einzahlungen leisten; läuft das Konto dagegen unter dem Namen eines der Partner, will er allenfalls ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis annehmen.

Soweit die Gemeinschaftsregeln auf die Verteilung von Hausrat angewandt werden, hat die Argumentation einiges für sich²⁾.

Es dürfte jedenfalls, und dies betrifft genauso die joint tenancy, viel für die gemeinsame Berechtigung an den gemeinsam genutzten und gegebenenfalls sogar finanzierten und angeschafften Gegenständen des täglichen Lebens sprechen. Die Parteien werden nämlich, selbst wenn sie Hausratsstücke in die Partnerschaft einbringen, die Unterscheidung in "Mein" und "Dein" aufgeben, es sei denn, eine Seite stellt einen kompletten Haushalt zur Verfügung bzw. nimmt den Partner in einen solchen auf. Hier dürften Staubsauger wie Bratpfanne der Aufteilung entzogen sein.

Ebenso wird die gemeinschaftsrechtliche Aufteilung fragwürdig, wenn Gegenstände des gehobenen Konsumbedarfs, auch wenn sie während der Partnerschaft erworben wurden, der Zuordnung bedürfen. Dies gilt selbst in solchen Fällen, in denen beide Partner zur Finanzierung beigetragen haben: so hatte der Verfasser in seiner anwaltlichen Praxis eine Frau zu beraten, deren Partner wegen

1) NJW 1980, S. 550

2) Simon, JuS 1980, 252 (253); insofern nicht überzeugend
Lipp, AcP 180 (1980), 537 (566)

eines unstreitig gemeinsam erworbenen wertvollen Teppichs Klage auf Herausgabe an den Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Versteigerung erhoben hatte. Dieser Teppich war aber auch der einzige Gegenstand, an dem nach den äußeren Umständen eine gemeinsame Berechtigung feststand. Daß der finanzielle Beitrag des klagenden Partners zum Kauf dadurch erst möglich wurde, daß der Kläger vorher keinerlei Leistungen zum gemeinsamen Haushalt beitrug und die Kosten des notwendigen Lebensunterhalts allein von der - auch berufstätigen - Frau aufgebracht wurden, läßt unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten a priori eher den Gedanken an das Gesellschaftsrecht mit der Möglichkeit einer umfassenderen Saldierung als den an das Gemeinschaftsrecht aufkommen.

Die hier angesprochenen Güter des gehobenen Konsumbedarfs dürften sich in jedem Fall der Aufteilung nach Gemeinschaftsrecht entziehen, wenn sie eindeutig allein aus den Mitteln eines Partners angeschafft wurden.

Die Abgrenzung zwischen dem vorrangig ¹⁾ anzuwendenden Gesellschaftsrecht und dem Gemeinschaftsrecht hat aber noch keine klaren Konturen angenommen. Im Ergebnis ist eine genaue Festlegung wohl von untergeordneter Bedeutung, wenn es sich unter Beachtung des Vorstehenden allein um die Hausratsverteilung handelt: per Saldo läuft - unter Außerachtlassung spezieller Auseinandersetzungsvereinbarungen - sowohl die gemeinschaftsrechtliche als auch die gesellschaftsrechtliche Vermögensauseinandersetzung auf die hälftige Aufteilung hinaus. Gegenstände, die von einem Partner allein erworben wurden und außerhalb des notwendigen Lebensbedarfs einzuordnen sind, dürften sowohl unter gesellschaftsrechtlichen wie gemeinschaftsrechtlichen Aspekten aus der Aufteilung herausfallen. Eine darüber hinausgehende kasuistische Betrachtung dürfte in den seltensten Fällen geboten sein.

1) vgl. § 741 BGB

Selbst ein Fall wie der hier kurz geschilderte kann unter Beachtung der herrschenden Rechtsprechung keinen Anlaß geben, eine besondere Regelung zu entwerfen. Die Chance, daß ein Richter die auf der Hand liegende gemeinsame Berechtigung der Parteien am Teppich außer acht läßt und ein Abrechnungsverhältnis herstellt, in dem die Leistungen des Mannes beim Kauf durch die Leistungen der Frau für den Haushalt kompensiert werden, ist - sicherlich dogmatisch durchaus begründet - verschwindend gering.

§ 3) Schenkungsrecht

Eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle im Rahmen des Vermögensausgleichs bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens spielt das Schenkungsrecht. Dies allein aus dem Grunde, weil es sich schon begrifflich nur um Rückforderungsansprüche handeln kann. Damit überhaupt Schenkungsrecht zur Anwendung kommt, muß demnach ein Partner eine Zuwendung an den anderen gemacht haben, die sich zunächst dem Vermögensbereich des anderen auch deutlich zuordnen läßt. Die für diese Abhandlung typische Konfliktlage der Aufteilung gemeinsamen Vermögens läßt sich dadurch nach Regeln des Schenkungsrechts kaum lösen.

Im amerikanischen Recht wird dies daran deutlich, daß unter allen entschiedenen Fällen keiner erkennbar ist, in dem ein Partner die Herausgabe von Gegenständen oder Zahlung eines Geldbetrages mit der Begründung verlangt, es läge eine Schenkung vor und diese sei rückabzuwickeln.

Im Marvin-Fall stellt Justice Tobriner sogar die These auf, ebenso wie es für die Leistung von häuslichen Diensten gelte, gebe es keinen Grund für die Vermutung, daß Vermögenszuwendungen ("funds") als Geschenk erbracht worden sein sollen¹⁾.

1) Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 121; vgl. auch Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1976), Fn. 60 sowie ausdrücklich zur Beweislastumkehr Ireland v. Flanagan 627 P.2d 496 (1981) 499

Die deutsche Rechtsprechung wurde vor zwei wohl grundlegenden Entscheidungen mit der Frage konfrontiert, ob dem schenkenden Partner ein Widerrufsrecht gem. § 530, Abs. 1 BGB bei Beendigung der Beziehung zusteht und er deswegen gem. § 531, Abs. 2 in Verbindung mit § 812 ff. BGB die Rückauflassung eines Grundstücks¹⁾ oder die Rückzahlung eines bestimmten Geldbetrages²⁾ verlangen kann.

Das Ergebnis ist eindeutig: eine solche Klage ist abzuweisen. Dies beruht nicht auf der Anwendung des § 817, S. 2 BGB³⁾.

Zwar kann diese Regel, wonach eine Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn der Leistende durch die Zuwendung gegen die guten Sitten verstoßen hat, als allgemeiner Grundsatz für alle Arten von Bereicherungsansprüchen, auch solchen, die sich über § 531, Abs. 2 BGB ergeben, zum Tragen kommen⁴⁾.

Dennoch ist die Rechtsprechung der Meinung, die Rückforderung eines Geschenks sei nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil zwischen den Beteiligten ein Liebesverhältnis mit geschlechtlichen Beziehungen bestanden hat und weil das Geschenk auch im Hinblick auf die bisherigen Beziehungen und in der Annahme gemacht worden ist, daß diese weiterhin bestehen bleiben⁵⁾.

Die Rückforderung eines Geschenks wegen groben Undanks ist nach Ansicht des BGH⁶⁾ vielmehr durchaus möglich. Soweit es sich um eine Zuwendung handelt, mit der das Zusammenleben nicht unmittelbar verwirklicht wird, kommt es wesentlich auf Zweck und Be-

1) BGHZ 35, 103

2) OLG Hamm, NJW 1978, 224; nicht ganz eindeutig hierzu Schlüter, aaO., S. 31: Das OLG hat die Klage zum überwiegenden Teil abgewiesen und ihr nur insoweit stattgegeben, als der Widerruf nicht im Zusammenhang mit der Beendigung der Beziehung stand.

3) so aber BGH MDR 1960, 384=FamRZ 1960, 129

4) BGHZ 35, 103 (107 mwN); OLG Hamm aaO.

5) BGHZ 35, 103 (108); Schwab, bei Landwehr aaO., 66

6) aaO., S. 110

weggrund der Schenkung an. Das OLG Hamm ist dieser Auffassung gefolgt. Der BGH war der Meinung, in gewissem Kontrast zu der gleichzeitig(1961) vertretenen Auffassung zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten"¹⁾, daß zwischen dem Schenkenden und der Beschenkten ein Gefühl echter innerer Bindung bestanden haben kann.

Ein Schenkungswiderruf wegen groben Undanks stößt jedoch dann auf Vorbehalte, wenn die schwere Verfehlung in der geschlechtlichen Verweigerung oder - wie in einer anderen Fallkonstellation - in der Hinwendung zu anderen Partnern gesehen wird. Vorbehalte insofern, als nach wie vor die Förderung der Sexualbeziehung ebensowenig Aufgabe des Rechts sein kann, wie den Partnern ehedgleiche Pflichten aufzuerlegen, die eheliche Treue und Geschlechtsgemeinschaft nun einmal sind.

Im ersten Fall war, so der BGH²⁾, die Beklagte zu einem solchen Verhalten nicht nur berechtigt, sondern sogar sittlich verpflichtet³⁾, im zweiten Fall war nach der Entscheidung des OLG Hamm ein Widerruf nicht erfolgreich, weil andernfalls das Recht des Beklagten, sich jederzeit aus seiner Verbindung zu der Klägerin zu lösen, mittelbar wieder mit rechtlichen Nachteilen versehen sei⁴⁾.

Anders als im amerikanischen Recht, wo die Rückforderung von schenkweisen Zuwendungen originär auf der Grundlage des Bereiche-

1) s. S. 97

2) aaO., S. 111

3) s. a. BGH FamRZ 1970, 19 (23)

4) OLG Hamm, NJW 1978, 224 (225); zur Rechtsprechung vgl. Jeder, aaO., S. 82-86;

a.A. Baumann, aaO., S. 85, der auch für den Konkubinat eine geschlechtliche Treuepflicht sieht

rungsrechts beruhen kann¹⁾, kommt das deutsche Recht dazu erst in Folge der Verweisung nach § 531, Abs. 2 BGB.

Die deutsche Literatur setzt sich demnach, wenn auch nur vereinzelt, mit Problemen des Schenkungsrechts auseinander. Sie zeigt auf, daß es schon problematisch sein kann, ob das Schenkungsrecht für Zuwendungen innerhalb des Rahmens des nichtehelichen Zusammenlebens überhaupt das richtige Regelungsfeld ist, fehlt es doch vielfach an Vorstellungen der Parteien von der Unentgeltlichkeit der Zuwendungen²⁾ (so hat auch die Klägerin im Fall OLG Hamm aaO. den Anspruch gem. §§ 530, 531, Abs. 2, 812 BGB nur hilfsweise geltend gemacht).

Hier zeigen sich erneut Berührungspunkte zum amerikanischen Recht, die daran deutlich werden, daß als Konsequenz dieser Betrachtung eine Hinwendung zum Bereicherungsausgleich gem. § 812, Abs. 1, S. 1, 1.Alternative oder S. 2, 2.Alternative BGB (Zweckverfehlung) stattfindet³⁾.

Derleder bezeichnet daher das Schenkungsrecht als ungeeignet zur Lösung der Vermögensausgleichsprobleme bei Scheitern des Zusammenlebens⁴⁾. Festzuhalten ist jedenfalls, daß in beiden Rechtsordnungen das Schenkungsrecht keine dogmatisch einleuchtende und adäquate Möglichkeit der Vermögenszuordnung bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens bietet⁵⁾.

1) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (54, 55)

2) vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253; Schwab, bei Landwehr aaO., 66; Bosch, FamRZ 1977, 569 (578); vgl. zum Schenkungsrecht auch zuletzt Lipp, AcP 180 (1980), 537 (544)

3) Strätz, FamRZ 1980, 434 (435)

4) NJW 1980, 545 (548); Simon, JuS 1980, 252 (254)

5) mehr am Rande sei erwähnt, daß innerhalb der Diskussion zum Vertragsrecht der BGH nunmehr (NJW 1981, 1502 (1503) den Aufwendungsersatzanspruch gem. § 670 BGB ins Spiel bringt, allerdings für Leistungen, die die Klägerin nach dem Ende der Beziehung erbracht hatte, wenn auch der Grund für die Leistungen während der Beziehung entstanden war

IV. Außervertragliche Lösungen

§ 1) Bereicherungsrecht

Von größerer Bedeutung als das Schenkungsrecht ist in der Bundesrepublik Deutschland und vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika in Hinsicht auf das nichteheliche Zusammenleben eine Anwendung des Bereicherungsrechts.

Das deutsche Recht beschäftigt sich mit den Fragen, ob eine Leistungskondition gem. § 812, Abs. 1, S. 1, 1.Alternative BGB daran scheitert, daß die Zuwendungen mit Rechtsgrund erfolgt sind oder, ob zu Gunsten des Anspruchstellers eine Zweckverfehlung gem. § 812, Abs. 1, S. 2, 2.Alternative BGB vorliegt¹⁾.

a) "Law of restitution"

Im amerikanischen Recht wird innerhalb des "law of restitution" erörtert, ob ein Bereicherungsausgleich nicht dem Willen und dem Handeln der Parteien widerspricht und welches Rechtsinstitut innerhalb dieses Regelungsgebietes der vermögensmäßigen Auseinandersetzung adäquat ist.

Die Marvin-Entscheidung²⁾ hat die Anwendung solcher Institute, zu denen der constructive trust ebenso gehört wie die quasi-contracts ("contract-implied-in-law")³⁾ ausdrücklich offengelassen.

Die Kritik, die Casad⁴⁾ im Hinblick auf Marvin v. Marvin äußert,

1) sehr ausführlich, allerdings in bezug auf § 812, Abs. 1, S. 2 BGB Lipp, AcP 180 (1980), 537 (577 ff.)

2) 557 P.2d 106 (1976), 122

3) s. dazu Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (124 f.) und Friedmann, Die Bereicherungshaftung, S. 29 ff., sowie Kozlowski v. Kozlowski, 395 A.2d 913 (1978), 918: "A quasi-contract is not a contract at all, but a legal concept rationalizing a sanction to prevent unjust enrichment based upon the equitable principle that whatsoever it is certain that a man ought to do so, that the law supposes him to have promised to do" (mwN)

4) 77 Michigan Law Review 47 (58)

stellt darauf ab, daß der Gesichtspunkt des unjust enrichment insofern keine überzeugende Lösung darstelle, als es den vagen Gedanken des fair dealing durch einen anderen ebenso vagen ersetze¹⁾. Seine Bedenken lassen sich daraus erklären, daß für den Bereich des amerikanischen Bereicherungsrechts das "enrichment" nicht die durch das einzelne Rechtsgeschäft erlangte Leistung ist, sondern das, was der Beklagte "in conscience and equity" herausgeben muß, das heißt, der nach der Gesamtstellung des Beklagten ungerechtfertigte Erwerb²⁾. Es kommt daher bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht auf den Erwerb eines Rechts an, sondern auf den Vergleich der während der Partnerschaft erworbenen Vermögensstellungen der Parteien. Das deutsche Recht des Zugewinnausgleiches drängt sich insofern als gedankliche Parallele auf. Eine Betrachtung, die naturgemäß Bewertungsprobleme erst eröffnet, wie exemplarisch der Fall Marvin zeigt. Hinzu kommt die Notwendigkeit, sich nach der Interessenlage der Parteien für eine der beiden alternativen Rechtsfolgen des Bereicherungsausgleichs zu entscheiden: Herausgabe der Bereicherung oder Aufwendungsersatz³⁾.

Trotz dieser Bedenken hat die Rechtsprechung in den USA Rückgriff auf Bereicherungsansprüche genommen. So war es im Fall Omer v. Omer⁴⁾, der vom Washington Court of Appeals im Juni 1974 entschieden wurde.

1) "In reality, however, we merely substitute one vague conception (fair dealing) for another (unjust enrichment)"

2) Friedmann, Die Bereicherungshaftung, S. 57

3) Friedmann, aaO., S. 59

4) 523 P.2d 957 (1974); vgl. Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (695) und Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (122)

In diesem Fall wandte Justice Pearson das Rechtsinstitut des constructive trust an, weil es nach seiner Ansicht geeignet war, grobe Ungerechtigkeiten bei der Vermögenszuordnung zu verhindern. Helen Omer hatte ihren Ex-Ehemann Daniel Omer verklagt und einen Anspruch auf halbe Beteiligung an dem unter Daniels Namen eingetragenen Grundbesitz geltend gemacht.

Die Parteien hatten 1949 in Israel geheiratet. Aus ihrer Ehe, die 1959 geschieden wurde, stammen zwei Kinder. Nach der Scheidung, die die Einreise in die USA erleichtern sollte, lebten die Parteien in Israel wie Mann und Frau zusammen und setzten diese Beziehung nach ihrer Ankunft in New York 1963 fort. Sie gingen dort mit anderen Partnern Scheinehen ein, die gelöst wurden, nachdem sie aufgrund der Ehen die Staatsbürgerschaft der Vereinigten Staaten erworben hatten. Nach einem Umzug nach Washington, wo Daniel Grundbesitz erworben hatte, trennten sich die Parteien im Jahre 1969. Beide hatten in Washington einen Beruf, die Gehaltsschecks hatte Helen immer an Daniel gegeben. Bis zur Trennung, nach der Helen einen Anteil am Grundbesitz geltend machte, wußten die Kinder nicht, daß ihre Eltern nicht verheiratet waren.

Justice Pearson setzte sich zunächst eingehend mit der bisher ergangenen Rechtsprechung auseinander. Insbesondere diskutierte er die Anwendung der Creasman-presumption und folgte insoweit der schon in den Fällen West v. Knowles und In re Estate of Thornton vertretenen Auffassung von der Gültigkeit dieser Vermutung¹⁾. Nachdem er festgestellt hatte, daß weder die Regeln der partner-

1) s. S. 141 u. S. 161 ff.

ship noch des resulting trust¹⁾ der Beziehung der Parteien entsprachen, berief er sich auf die im Fall Beatty v. Guggenheim Exploration Co. aufgestellte These des berühmten Justice Cardozo²⁾ zum constructive trust: "A constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression"³⁾.

Ihre eigentliche Ausprägung fand diese These im Fall Proctor v. Forsythe⁴⁾, wo festgestellt wurde: "A constructive trust arises where a person holding title is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it. Restatement of Restitution § 160 (1937). Our court has noted that constructive trust are those which arise purely by construction of equity and are entirely independent of any actual or presumed intention of the parties and are often directly contrary to such intention. They are entirely in invitum and are forced upon the conscience of the trustee for the purpose of working out right and justice or frustrating fraud."

Justice Pearson fand, diese Beschreibung passe recht gut auf die Umstände des von ihm zu entscheidenden Falles und bestätigte mit den Regeln des constructive trust die Entscheidung des Untergerichts, das Helen die halbe Beteiligung am Grundbesitz zugesprochen hatte⁵⁾. Es wurde damit inzident festgestellt, daß der im -----

1) zum resulting trust s. Keene v. Keene, 371 P.2d 329 (1962) und Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (1971); im deutschen Recht hat dieses Rechtsinstitut keine auch nur indirekte Entsprechung und wird daher hier von der Betrachtung ausgeschlossen. Im Ergebnis läuft jedoch der resulting trust auf die im deutschen Bereicherungsrecht geregelte Rückabwicklung ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen hinaus.

2) Schnitzler, aaO., Bd. I, S. 315; Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, S. 10

3) 122 N.E. 378 (1919), 380

4) 480 P.2d 511 (1971), 514

5) 523 P.2d 957 (1974), 961

Grundbesitz verkörperte Vermögenszuwachs auf gleichmäßigen Beiträgen beider Partner beruht.

Obwohl auch bezweifelt wird, ob das Recht des constructive trust wirklich dem Bereicherungsrecht zuzurechnen ist¹⁾, herrscht doch Einigkeit darüber, daß auch dieses Institut darauf gerichtet sei eine ungerechte Bereicherung auszugleichen²⁾.

Zum Vertragsrecht gehört dieses Institut jedenfalls nicht. Der Rückforderungsanspruch setzt nämlich nicht voraus, daß ein Vertrag abgeschlossen wurde. Vielmehr ist es erlaubt, ohne Berücksichtigung des Willens der Parteien eine Vermögensaufteilung vorzunehmen³⁾. Dies führt eher zu den contract-implied-in-law Prinzipien⁴⁾.

Hier liegt aber nicht das einzige Problem. Es ist vielmehr ein weiteres, vielleicht entscheidenderes Problem darin zu sehen, ob das Faktum der ungleichen Leistungen in der modernen Form des Zusammenlebens wirklich dadurch zu lösen ist, daß man diese Ungleichheit als "unjust" bezeichnet⁵⁾. Hier setzt die Kritik von Casad an, der meint, ohne Vertrag oder ohne gewissenloses Verhalten des anderen Partners könne der eine doch nicht, wenn die Beziehung ende, die Bereicherung des anderen ungerecht nennen⁶⁾.

1) differenzierend Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (125)

2) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (52)

3) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (385, 386)

4) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (124)

5) Casad, 77 Michigan Law Review 47 (58)

6) aaO., S. 56

Schließlich seien sich doch die Parteien der Art ihrer Beziehung bewußt; dennoch der bewußt unverheirateten Partei in Anwendung des Bereicherungsrechts die gleichen Vermögensansprüche zu gestatten wie einem "real or putative spouse" (unter der Voraussetzung, ausdrückliche oder stillschweigende Verträge seien nicht erkennbar), bedeute eine Anerkennung eines neuen "common law status".

Demnach soll eine ungerechtfertigte Bereicherung nur festgestellt werden, wenn in einigen wenigen Fällen die Disparität zwischen den Partnern extrem ist¹⁾.

Den Bogen zum deutschen Recht vermögen die drei Grundelemente der ungerechtfertigten Bereicherung, wie sie im amerikanischen Recht anerkannt sind, zu spannen: wenn ein Gericht "restitution" gewährt, geschieht dies auf der Grundlage, daß der Beklagte eine Leistung erhalten hat ("cognizable benefit"), die auf Kosten des Klägers erfolgt ist ("at plaintiff's expense") und deren Zurückbehaltung durch den Beklagten ungerechtfertigt ist ("retention of it was unjustified")²⁾.

b) Bereicherungsrechtliche Gedanken in der Bundesrepublik Deutschland

In eine ähnliche Prüfung treten deutsche Gerichte ein, wenn sie festzustellen haben, ob eine Leistung von einem Partner auf seine Kosten an den anderen ohne Rechtsgrund erfolgt ist (§ 812, I, S. 1, 1.Alt. BGB).

Bislang einheitlich haben sie derartige Bereicherungsansprüche verweigert. Im allgemeinen wurde dies mit dem Argument begründet,

1) aaO., S. 59-61; vgl. Friedmann, aaO., S. 147: "Der Bereicherungsanspruch dient in hervorragendem Maße der Förderung der Gerechtigkeit in den Rechtsbeziehungen der einzelnen. Darum greift die Rechtsordnung nur dann ein, wenn ihr die gegenwärtige Rechtslage nicht nur als "ungerechtfertigt", sondern als "ungerecht" erscheint."

2) vgl. Friedmann, aaO., S. 56-68

Rechtsgrund im Sinne des § 812 BGB könne auch das nichteheliche Zusammenleben sein¹⁾. So wird eine Ausgleichspflicht für diejenigen Leistungen abgelehnt, die dem Funktionieren der häuslichen Lebensgemeinschaft dienen, wie die übliche Hausarbeit und die Bereitstellung des Lebensunterhalts²⁾.

Da durch diese Leistungen zur Förderung der Gemeinschaft von Tag zu Tag beigetragen wird und dies auch bezweckt ist, kann nach Ansicht von Strätz³⁾ auch von einer Zweckverfehlung im Sinne von § 812, Abs. 1, S. 2, 2.Alternative BGB nicht mehr gesprochen werden.

Einer möglichen Ausdehnung⁴⁾ der von Schwab⁵⁾ vertretenen Ansicht, rechtlicher Grund für die Übereignung eines geschenkten Gegenstandes sei nicht der Bestand des eheähnlichen Verhältnisses⁶⁾, beugt das OLG Saarbrücken⁷⁾ vor, indem es am Schluß seines Urteils lakonisch sagt: "Schließlich würde einem bereicherungsrechtlichen Anspruch in jedem Fall § 814 BGB entgegenstehen."

1) OLG Saarbrücken, FamRZ 1979, 796 (798); OLG Celle, OLGZ 1970, 326 (328); Derleder, NJW 1980, 545 (548)

2) Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 68; Strätz, FamRZ 1980, 434 (435)

3) ebda.;
s.a. Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 518; Kossendey, aaO., S. 98; OLG Hamm, NJW 1978, 224

4) vgl. Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 69

5) bei Landwehr aaO., 66

6) sondern eine Schenkung, so auch OLG Frankfurt, FamRZ 1971, 646 (647)

7) FamRZ 1979, 796 (798); so auch OLG Hamburg, FamRZ 1958, 61 (62); Derleder, NJW 1980, 545 (548)

Vor allem ältere Auffassungen sehen schließlich einen Bereicherungsausgleich wegen der Vorschrift des § 817 BGB verhindert¹⁾.

Der BGH²⁾ war, ähnlich wie Casad im amerikanischen Recht zur "unjustness", der Auffassung, in einem Verhältnis wie dem der nichtehelich Zusammenlebenden seien die Leistungen, die im Rahmen gemeinsamer Haushaltsführung jeder für den anderen erbringt, gewöhnlich im Hinblick auf die als gleichwertig angesehenen Leistungen des anderen und deshalb nicht in der Erwartung gewährt, hierfür eine Bezahlung zu erhalten.

Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich hatte in der Bundesrepublik mithin bislang keine Aussicht auf Anerkennung³⁾, im amerikanischen Recht begegnet eine "restitution" auf der Basis des "unjust enrichment", die mit den Konstruktionen des quasi-contracts oder des constructive trust gewährt wird, Vorbehalten, weil die Frage der "unjustness" nicht hinreichend beantwortet erscheint.

Dem versucht allerdings in neuerer Zeit Lipp entgegenzutreten. Schon vor der Veröffentlichung des stark diskutierten Urteils des BGH vom 23.2.1981 hatte er sich der bereicherungsrechtlichen

1) BGH FamRZ 1960, 129; vgl. auch Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 70; insoweit auch Kritik an OLG Hamburg aaO., vgl. Redaktionsanmerkung FamRZ 1958, 61 (62); a.A. Strätz, FamRZ 1980, 434 (435) und BGHZ 35, 103 (110)

2) WM 1965, 793 (794) = FamRZ 1965, 368 (369);
s.a. BAG NJW 1959, 1511

3) Palandt-Thomas, § 812, Anm. 6A; Zu der Möglichkeit des Aufwendungsersatzanspruchs gem. §§ 662/677 BGB vgl. BGH NJW 1981, 1502 = FamRZ 1981, 530 und die ablehnende Meinung von Lipp, JuS 1982, 17 (20, 21)
Die BGH-Entscheidung findet ihre Parallele in Banko v. Malanecki 435 A.2d 194 (1981)

Lösung zugewandt. Dies macht er in seiner schriftlichen Urteils-
kritik noch einmal deutlich¹⁾.

Er möchte nicht unterscheiden wissen zwischen der Zeit vor der
Trennung und der nach der Trennung als rechtserhebliche Momente,
wie es der BGH in der vorerwähnten Entscheidung vertrat, son-
dern zwischen den Vermögenszuwendungen, die im Interesse der Ver-
wirklichung und Aufrechterhaltung des Zusammenlebens erbracht
werden und solchen Leistungen, die der Person des Partners zugute
kommen sollen²⁾.

Im letzten Fall will er das zugrundeliegende Kausalverhältnis
nach den Umständen des Falles weiter überprüfen und möglicherweise
Aufwendungsersatz³⁾ oder Ausgleich nach den Regeln über den Weg-
fall der Geschäftsgrundlage zubilligen⁴⁾.

Diese Lösung wirft die Frage auf, ob wirklich die dogmatischen
Grundlagen korrekt geprüft wurden: die Geschäftsbesorgung dürfte
für das nichteheliche Zusammenleben ebenso atypisch sein wie die
Annahme einer beiderseitigen Geschäftsgrundlage oder auch nur die
Vorstellung davon, das Verhältnis werde nicht enden. Das Unsicher-
heitsmoment dürfte vielmehr kennzeichnend und auch den Partnern
bekannt sein.

Für den ersten Fall schlägt Lipp die *condictio ob rem* vor⁵⁾.

1) s. Fn. 3 auf S. 201 und AcP 180 (1980), 537 ff.

2) JuS 1982, 17 (21) und AcP 180(1980), 537 (575)

3) s. Fn. 3 auf S. 201

4) JuS 1982, 17 (22) und AcP 180 (1980), 537 (597); Finger, JZ 1981,
497 (503) nimmt deswegen - etwas voreilig - an, der BGH "lieb-
äugele besonders" mit dieser Lösung

5) JuS 1982, 17 (22) und AcP 180 (1980), 537 (580)

Wenn auch durchaus eine gegenwartsbezogene Zweckabrede der Partner vorliegen kann, die vorstehend dazu führte, daß im Einzelfall Gesellschaftsrecht zum Zuge kam, so hat doch die Zweckvorstellung des § 812, Abs. 1, S. 2, 2.Halbsatz BGB eine ganz andere Natur: sie ist final in die Zukunft gerichtet, wie Lipp selbst ausdrücklich zugesteht. Daß es gemeinhin an einer solchen Finalität innerhalb der Partnerschaft fehlt, wurde aber oben¹⁾ schon dargelegt. Lipp läßt ebenso außer acht, daß - wie durch die Rechtsprechung bestätigt - das nichteheliche Zusammenleben durchaus als "causa" gesehen werden kann²⁾.

c) Haushaltstätigkeit - eine Bereicherung auch rechtlicher Art?

Einschränkungen sind jedoch insoweit zu machen, als die Leistung von häuslichen Diensten durch die Frau (oder auch den Mann)³⁾ als wirtschaftliche Wertschöpfung beim Ausgleich in Anrechnung gebracht werden soll.

Hiermit sind vor allem bereicherungsrechtliche Probleme verknüpft, aber auch gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche.

1. Der "hausarbeitende Gesellschafter"

Im Gegensatz zur Diskussion in den Vereinigten Staaten im Rahmen der partnership-Regeln wird im deutschen Recht geprüft, ob der die Hausarbeit leistende Partner einen Geldausgleich für die von ihm geleistete Arbeit nach Gesellschaftsrecht verlangen kann.

1) s. S.137; vgl. dazu den "Kunstgriff" von Schlüter, aaO, S. 31

2) vgl. Finger, JZ 1981, 497 (504)
s. a. Fn.1 und 3 auf S. 200

3) s. S. 111, Fn. 4

Zwar kann grundsätzlich die Leistung von Diensten als Beitrag eines Gesellschafters dem Kapitalbeitrag eines anderen adäquat sein¹⁾, bei der Auseinandersetzung der Gesellschaft nach §§ 730 ff. BGB steht jedoch der Kapitalgeber im allgemeinen besser da. Gem. § 733, Abs. 2, S. 3 BGB kann nämlich für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, nicht Ersatz verlangt werden²⁾.

Aus dieser Vorschrift folgt zu Lasten des "Hausarbeiters", daß jedenfalls im Regelfall keine Rückerstattung erfolgt³⁾, ganz unabhängig von dem Problem, wie die erbrachten Dienstleistungen zu kommerzialisieren sind. Battes begründet dies "mit ähnlichen Überlegungen ... wie für die Erwerbsgesellschaft: Während Dienstleistungen hier durch Gewinnbeteiligung und Geschäftsführervergütung abgegolten werden, stehen ihnen dort in aller Regel Unterhaltsleistungen gegenüber"⁴⁾.

2. Die Unentgeltlichkeit der Haushaltstätigkeit

Im Gegensatz zu der erstmals im Marvin-Urteil von Justice Tobriner vertretenen Auffassung, man könne nicht davon ausgehen, die Haushaltsleistungen des klagenden Partners seien unentgeltlich, "as a gift", erbracht, stellt das deutsche Recht darauf ab, daß es kaum zu erwarten ist, daß solche Leistungen in Erwartung einer Kompensation erbracht würden⁵⁾.

1) s. o. S. 181, Fn. 1

2) vgl. Simon, JuS 1980, 252 (253)

3) Battes, ZHR 1979, 385 (397)

4) ebda. und S. 402

5) Strätz, FamRZ 1980, 434 (435); auch im amerikanischen Recht "nicht im Hinblick auf eine Vergütung" Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (189)

Das Landgericht Berlin¹⁾ hat sogar das Begehren einer Frau gegenüber einer Erbgemeinschaft, mit dem sie Ausgleich für die aufopfernde Pflege des schwerkranken Erblassers verlangte, mit folgender Begründung zurückgewiesen: "... würde in Fällen der vorliegenden Art generell ein Vergütungsanspruch zugebilligt, wäre eine Abgrenzung von altruistischen oder aus menschlichen Gründen gewährten Hilfeleistungen gegenüber rechtlichen Verpflichtungen und schuldrechtlichen Verträgen nicht möglich."

Die Entscheidung des Landgerichts war eher an arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten ausgerichtet. Dennoch sind die Differenzen zwischen einer Anwendung der §§ 611 ff. oder der §§ 705 ff. BGB, hier vor allem § 612 und §§ 730 ff., fließend.

Eine Arbeitsteilung liegt in jedem Fall vor; während aber das Arbeitsrecht sich mit der Frage beschäftigt, ob "üblicherweise" die Leistung entgeltlich erfolgt, wird im Gesellschaftsrecht zu prüfen sein, ob die Arbeit des Partners als Beitrag zu einer Gesellschaft zu bewerten ist.

Die Tendenz dürfte allerdings eher zum Gesellschaftsrecht weisen, entspricht doch ein gleichgeordnetes und gleichberechtigtes Partnerverhältnis viel eher der typischen Erscheinungsform der Beziehung²⁾ als ein Über- Unterordnungsverhältnis mit quasi subordinationsrechtlichen Ausgestaltungen³⁾ (wie zum Beispiel ein einseitiges Direktionsrecht).

1) FamRZ 1979, 503 (504)

2) vgl. Foster-Freed, Spousal Rights in Retirement and Pension Benefits, 16 Journal of Family Law 187 (1977-78), 211

3) Derleder, NJW 1980, 545 (548, Fn. 40); Kossendey, aaO., S. 105; anders aber ein Teil der Rechtsprechung, s. aaO., S. 66 f.

Damit hat eine Abgeltung von Dienstleistungen im Haushalt im allgemeinen nach Vertragsrecht nicht stattzufinden¹⁾: ein ausdrücklicher Arbeitsvertrag wird selten vorliegen, die Annahme eines schlüssig oder stillschweigend zustande gekommenen Dienstvertrages²⁾ dürfte nicht dem mutmaßlichen oder erkennbaren Willen der Parteien entsprochen haben, das Gesellschaftsrecht gestattet nach Auflösung der Gesellschaft keinen Ersatz für Einlagen, die in Form von Diensten erbracht wurden.

Also ist doch die Frau im Zweifel die Benachteiligte³⁾? Man muß sich vor Augen halten, wie typischerweise ein nichteheliches Zusammenleben, in dem arbeitsteilig die Frau den Haushalt versorgt, während der Mann außerhalb des Hauses Vermögen ansammelt, zu unbilligen Ergebnissen führt: sobald der Mann erkennbar jede Berechtigung der Frau in Hinsicht auf das Vermögen ausgeschlossen oder das Vermögen in sonstiger Weise von der Beziehung separiert hat⁴⁾, steht die Frau, sowohl sie durch ihre Tätigkeit mindestens genausoviel⁵⁾ zum Vermögens-

- 1) vgl. LG Wiesbaden, FamRZ 1960, 152 (154): "vertragliche Vergütungsansprüche stehen ihr nicht zu; denn damit, daß ihr bei dem gemeinsamen Wirtschaften die sonst für die Hausfrau oder Haushälterin typischen Aufgaben zugefallen sind, ist ein Arbeitsverhältnis nicht begründet worden."
- 2) nicht faktisches Arbeitsverhältnis, s. S. 154
zur Anwendung des § 850 h ZPO in einem solchen Fall vgl. aber OLG Hamm, MDR 1975, 161
- 3) vgl. aber RGZ 98, 176
- 4) etwa in einem eigenen Geschäftsbetrieb eingebracht hat
- 5) vgl. Begründung zum ersten Regierungsentwurf des Gleichberechtigungsgesetzes, BT-Drs. 3802 (1952), S. 12, r.Sp.: "die Arbeitsleistung einer Hausfrau ist größer als die einer Geschäftsfrau." Margaret Mead bei Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (114): "It takes the work of five men to equal the work a women does in the home."

erwerb beigetragen haben mag¹⁾, am Ende der Beziehung genauso da wie am Anfang, jedoch um Jahre gealtert und beruflicher Chancen beraubt²⁾. Im Fall Marvin wird dies besonders deutlich.

3. "quantum meruit" als Ausgleichsmodell

Das amerikanische Recht versucht daher, mit der Figur "quantum meruit" einen gerechten Vermögensausgleich für die Haushaltstätigkeit zu ermöglichen. Hierbei handelt es sich um ein Institut des common law in Anlehnung an den quasi-contract, wonach dem Entreicherten ein Entschädigungsanspruch (restitution) gewährt werden soll³⁾. Damit unterfällt auch die Haushaltstätigkeit dem Ausgleich unter bereicherungsrechtlichen Aspekten. Es wird hierbei von dem Grundsatz ausgegangen, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Dienstleistungen erbracht werden, wie aus einem Vertrag (quasi-contract) verpflichtet sei, den Wert der Dienste zu vergüten, wenn der andere Teil vernünftigerweise eine Bezahlung erwarten durfte⁴⁾ - im Ergebnis entsprechend dem faktischen Arbeitsvertrag im deutschen Recht oder eher noch der Regelung des § 612, Abs. 1 BGB.

Damit wird nach einer Ansicht nicht die Ehefrau unbillig benachteiligt gegenüber ihrer "illegitimen" Entsprechung im nichtehelichen Verhältnis: vielmehr besteht im amerikanischen Recht die Meinung, daß die Tatsache, ein Hausarbeiter sei ihre (her!) Arbeit wert, in ein Konzept paßt, dessen Zeit gekommen ist. Dienste

1) besser: zur Möglichkeit des Vermögenserwerbs durch den Mann

2) so auch Battes, ZHR 1979, 385 (405); und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (175); Simon, JuS 1980, 252 (253) erörtert deswegen die Möglichkeit einer Kapitalisierung der Haushaltstätigkeit

3) zur Rechtsfigur des "quantum meruit" vgl. Friedmann, Die Bereicherungshaftung, S. 21, 22 und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (181 f.)

"Available only when the remedy at law ist inadequate" Crowe v. de Gioia 430 A.2d 251 (1981) 254

4) vgl. Parker, aaO., S. 142/143 sowie Havighurst, 41 Yale Law Journal 386 (389/390)

als Ehefrau, Mutter, Hausfrau und Karrierehilfe können nicht länger als reine Liebesdienste angesehen werden¹⁾.

Zwar hat dies vor allen seine Berücksichtigung im ehelichen Unterhaltsrecht gefunden insofern, als es die Höhe und Dauer der Unterhaltsverpflichtungen des anderen Partners bestimmen kann²⁾.

Über die doctrine of quantum meruit ist jedoch auch ein Vermögensausgleich denkbar, der auf eine Abfindung hinausläuft, bei der sich der Anspruchsteller die während der Beziehung erhaltenen Unterhaltsleistungen des anderen Partners anrechnen lassen muß.

Die Rechtsprechung war in der Vergangenheit vorsichtig bei der Anerkennung solcher Ansprüche³⁾.

Im Fall *Keene v. Keene*⁴⁾, der 1962 entschieden wurde, zeichnete sich jedoch erstmals ein geringfügiger Wandel ab: der Haushaltstätigkeit wurde nämlich ein wirtschaftlicher Wert zugesprochen, wenn auch weiterhin galt, daß diese Tätigkeit ohne Erwartung auf Entgelt erbracht worden war. Erst die *Marvin*-Entscheidung erfaßte über die reasonable expectations der Parteien auch die Möglichkeit, nach der doctrine of quantum meruit den Wert der Haushaltsleistungen auszugleichen⁵⁾.

1) Foster-Freed, 16 *Journal of Family Law* 187

2) ebda., S. 188; nach Stöcker, NJW 1972, 553 (555) hat sich dies im deutschen Recht im Zugewinnausgleich niedergeschlagen

3) Fernandez, 30 *Stanford Law Review* 359 (386, Fn. 123 mwN); ablehnend: Vallera v. Vallera, 134 P.2d 761 (1943); Hill v. Westbrook's Estate, 247 P.2d 19 (1952), 21; *Keene v. Keene*, 371 P.2d 329 (1962); Beckman v. Mayhew, 122 Cal.Rptr. 604 (1974), 605

4) aaO., S. 336; dazu Bruch, 10 *Family Law Quarterly*, 101 (112, 113) und Giesen, ZVglRWiss 79 (1980), 169 (180)

5) *Marvin v. Marvin*, 557 P.2d 106 (1976), 121, 122; vgl. Fernandez, 30 *Stanford Law Review* 359 (379, Fn. 84 u. 381, Fn. 94)

Trotz der Kritik, die vor allem in der dissenting opinion von Justice Clark zum Ausdruck kommt¹⁾, und die hauptsächlich meint, die Anwendung von quantum meruit könne das nichteheliche Zusammenleben gegenüber dem gesetzmäßig verbundenen Paar bevorzugen²⁾, bestätigte die Rechtsprechung auch nach Marvin ihre neue Auffassung³⁾.

Die Literatur, die in der Frage der Zuerkennung von Ausgleichsansprüchen für Haushaltstätigkeit wohl überwiegend solche Ansprüche dem Grunde nach zusprechen möchte⁴⁾, sieht das Hauptproblem aber in der Wertfeststellung.

So nimmt eine Anmerkung zum Marvin-Urteil⁵⁾ die auch insoweit geäußerte Kritik von Justice Clark auf: "Applying this quasi-contractual remedy will involve courts in disputes over intimate factual details and in difficult valuation problems."

Im Fall Hill v. Westbrook's Estate⁶⁾ hatte die Klägerin ihr Klagebegehren, das auf eine runde Summe von 10 000,- \$ beziffert war, begründet mit Dienstleistungen innerhalb von 16 Jahren, bestehend aus Haushaltsführung, Zusammenleben als Mann und Frau, Geburt von zwei Kindern ("bearing decedent two children"), Erfüllung der normalen Hausfrauenpflichten und Abführung von Arbeitsverdienst an den Erblasser⁷⁾.

1) 557 P.2d 106 (1976), 123

2) dies ist auch die Ansicht des Schweizerischen Bundesgerichts; anderer Ansicht dagegen Graue, bei Landwehr aaO., 118, 119

3) In re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763 (1978), 769

4) Glendon, 8 Family Law Quarterly 315 (316)

5) Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1716, 1717)

6) 247, P.2d 19 (1952); dazu Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (943) und Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1713, Fn. 44)

7) Die Klage wurde abgewiesen, womit das Gericht der Notwendigkeit enthoben war, zur Bezifferung der Klageforderung Stellung zu nehmen.

Im Fall *In re Marriage of Leib* stellt Justice Roth fest, auch für die Arbeit einer Hausfrau, Köchin und Kameradin gebe es einen vernünftigen Marktwert, den er wohl auf einen Stundenlohn von mindestens 3,- \$ veranschlagen möchte¹⁾.

Dieser Marktwert scheint der Brennpunkt der Auseinandersetzung zu sein, wie auch bei anderen Autoren²⁾ deutlich wird.

Ein Richterrecht hat sich bislang, von der Leib-Entscheidung abgesehen, zur Wertfrage der Haushaltstätigkeit nicht gebildet. Es ist aber nicht auszuschließen, daß hier in nächster Zeit die erkennbare gesellschaftliche Diskussion über die Monetarisierung der Hausfrauenarbeit, auch in der Ehe, auf das Recht übergreift und die Gerichte sich mit darauf gestützten Klagebegehren zu befassen haben.

Zusammenfassend ist somit festzustellen: die Haushaltstätigkeit des - im allgemeinen weiblichen - Partners ist nicht mehr eine zu vernachlässigende Größe. Zunächst Keene v. Keene, die Marvin-Entscheidung sowie dann *In re marriage of Leib* kommen zu dem Ergebnis, daß die Dienste des nicht berufstätigen Partners im Haushalt "have money value".³⁾

Die Frage bleibt, ob durch die Unterhaltsleistungen des verdienenden Partners während der Beziehung ein (ausreichender) Wertausgleich geschaffen wird. Dies ist nicht nur eine Frage der reinen Wertberechnung, wie vorstehend ausgeführt.

1) 145 Cal.Rptr. 763 (1978), 769, 770; zur Kritik Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (258); s. dazu auch S. 222, dort Fn. 8

2) vgl. Havighurst, 41 Yale Law Journal 386; Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (110-114); "delikate Frage": Simon, JuS 1980, 252 (253)

3) *In re marriage of Leib*, 145 Cal.Rptr. 763(1978), 769
In den Vereinigten Staaten wird im übrigen die Hausarbeit nicht als Beschäftigung im Sinne von social security benefits erfaßt (Bruch, aaO., S. 105, Fn. 16)

Leider haben sich die amerikanischen Gerichte hierzu noch nicht ausdrücklich geäußert¹⁾. Wie auch der Fall Marvin²⁾ zeigt, stehen die Gerichte vor der Wahl, entweder Rehabilitationsunterhalt zuzusprechen ähnlich der entsprechenden eherechtlichen Regelung oder aber eine Kompensation für geleistete Dienste³⁾. Bisher kam ausschließlich die erste Alternative zum Zuge.

Berücksichtigt man jedoch die Beurteilung, die zum Beispiel im Fall Leib bei der Verrechnung der Haushaltstätigkeit im nicht-ehelichen Zusammenleben unter dem Gesichtspunkt der "continuing need" mit der Unterhaltsverpflichtung des geschiedenen Ehegatten zum Tragen kam, wird in logischer Fortentwicklung der während der Beziehung gewährte Unterhalt des verdienenden Partners zu saldieren sein.

4. Prognosen für die deutsche Rechtsentwicklung

In der Bundesrepublik Deutschland hat die Diskussion auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts insoweit eine Vorreiterrolle übernommen, wenn zum Beispiel erwogen wird, der Hausarbeit eine Rentenversicherungspflicht oder zumindest ein eigenes Rentenbezugsrecht⁴⁾ zuzuordnen.

1) vgl. Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (270) und Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (385, dort Fn. 116)

2) in der Kommentierung von TIME Europe v. 30.4.1979, S. 34

3) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (384)

4) vgl. Stöcker, NJW 1972, 553 (558)

Nach Derleder, der zur Wertberechnung mangels eines entsprechenden Marktes nicht Marktpreise heranziehen will, sondern eine willkürliche - etwa in Relation zum Haushaltseinkommen - Berechnungsweise für möglich hält¹⁾, ist insbesondere mit der Einführung des Versorgungsausgleichs eine Gleichwertigkeit von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit postuliert worden²⁾.

Damit scheint der Weg frei für einen Ausgleich bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens auch im deutschen Recht.

Allein eine bereicherungsrechtliche Lösung, die wegen des Fehlens von vertraglichen Regelungen übrigbleibt, wird als Anspruchsgrundlage kaum noch vertretbar sein.

Zwar hatte die ältere Literatur einen Anspruch nach § 812, Abs. 1, S. 2, 2.Alternative BGB zuerkannt³⁾, für die Dienstleistungen hat jedoch nach neuerer Auffassung auch das zu gelten, was für andere Zuwendungen nichtehelich Zusammenlebender zutrifft: es fehlt im allgemeinen an dem Willen, durch die Zuwendungen des täglichen Lebens, vor allem bei der Hausarbeit, die Gemeinschaft über den Tag hinaus zu verwirklichen⁴⁾.

Vor allem das Urteil des LG Berlin von 1979⁵⁾ läßt erkennen, daß der die Hausarbeit verrichtende Partner im nichtehelichen Zusammenleben bei Beendigung der Beziehung wohl keinen Ausgleich für seine Dienste erwarten kann.

1) NJW 1980, 545 (547, Fn. 30)

2) aaO., S. 551 mN auf BT-Drs. 7/650, S. 155

3) Nachweise bei Kossendey, aaO., S. 72, Fn. 2

4) Strätz, FamRZ 1980, 434 (435)

5) s. S. 205, Fn. 1

Ein anderes hat gegebenenfalls dann zu gelten, wenn die Arbeitsleistung nach Art und Umfang über den Rahmen der üblichen Haushaltstätigkeit hinausgeht, etwa bei Mitarbeit im Betrieb des anderen¹⁾. Hier dürften keine Bedenken bestehen, ähnlich wie auch bei der Rechtsprechung zur Ehegatteninnengesellschaft²⁾, einen gesellschaftsvertraglichen, arbeitsvertraglichen oder bereicherungsrechtlichen Ausgleichsanspruch anzunehmen.

Grenzt man damit das Blickfeld in Hinsicht auf die Vermögensauseinandersetzung bei Ende des nichtehelichen Zusammenlebens auf die Frage ein, ob allein die Haushaltstätigkeit als wertschöpfende Arbeit die Kompensation verlangt, kann die Antwort nur negativ sein. Zwar hat dies oftmals wirtschaftlich harte Konsequenzen, andererseits dürften ganz offensichtlich keine Erwartungen des haushaltführenden Partners bestehen, für seine Arbeit entlohnt zu werden. Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes, die erst nach Regelungen bezüglich dieser Art von Partnerbeziehung verlangen, sind offenkundig nicht am Platze. Dies zumal, als die Haushaltstätigkeit hinreichende Berücksichtigung findet, wenn sie als ein Beitrag eines Partners zur Gemeinschaft unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten gesehen wird.

§ 2) Vermögensausgleich durch Schadensersatz?

Nach Ohlenburger=Bauer kann im deutschen Recht die Beendigung der Beziehung weder Anlaß noch Rechtsgrund für einen Schadensersatzanspruch³⁾ sein.

Tatsächlich ist die Erörterung über die "wrongful termination", wie sie im amerikanischen Recht genannt wird, auf wenige Einzelfragen beschränkt. So wurde oben schon die Möglichkeit einer Haf-

1) Battes, ZHR 1979, 385 (397-399); im amerikanischen Recht s. In re Estate of Thornton, 499 P.2d 864 (1972)

2) BGH FamRZ 1958, 15; Müller=Freienfels, ZEE 1980, 55 (69); Lieb, aaO., S. 185 ff.

3) aaO., S. 72

tung aus vertragsähnlichem Vertrauensverhältnis behandelt, die unter Umständen einen Anspruch zu rechtfertigen vermag.

Das amerikanische Recht ist mit gutem Grund sehr zurückhaltend: Mary Ann Glendon sieht bei der Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen auf der Grundlage schuldhaften Verlassens im Rahmen der Vermögensaufteilung von nichtehelich Zusammenlebenden die Rechtsprechung in die merkwürdige Lage versetzt, daß sie für die Ehe eine Scheidung ohne Verschulden kennt und für das nichteheliche Zusammenleben eine Scheidung mit Verschulden¹⁾. Dazu kommt, daß die Möglichkeit eines Anspruchs aus wrongful termination weitgehend durch die Berücksichtigung im Rehabilitationsunterhalt ausgeschaltet ist²⁾.

Im deutschen Recht wird ein vertraglicher Schadensersatzanspruch allenfalls im Gesellschaftsrecht für möglich gehalten. Hier soll er jedoch nur dann Anwendung finden, wenn von einer Auflösung zur Unzeit gesprochen werden kann³⁾. Dies soll unter anderem dann der Fall sein, wenn einer der Partner schwer erkrankt ist oder ein gemeinsames Kind zu erwarten ist⁴⁾.

Eine deliktsrechtliche Sanktion gem. § 823 oder § 826 BGB dürfte auf Bedenken stoßen, da selbst schon das Verlöbnisrecht den unzeitigen Rücktritt nicht besonders bestraft⁵⁾.

1) FSchr. Ferid aaO., S. 508

2) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (377, Fn. 76); zum Rehabilitationsunterhalt s. S. 215

3) Strätz, FamRZ 1980, 434

4) Meier-Scherling, DRiZ 1979, 296 (300)

5) Strätz, aaO., 434

Schwab¹⁾ hält unter Berufung auf den BGH²⁾ eine Anwendung des § 826 BGB für möglich. In dem Bewußtsein, daß ein solcher Anspruch nicht im Ergebnis einen Druck zur Aufrechterhaltung der Beziehung erzeugen darf und unter Berücksichtigung der besonderen Fallgestaltung bei BGH aaO., ist eine solche Ansicht vertretbar. Dies hat jedoch schon allgemein immer dann zu gelten, wenn andere Umstände als die Beendigung der Beziehung oder die Vereitelung der Heirat durch einen Partner als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zu erkennen sind.

Dem Schadensersatzanspruch also im Zusammenhang mit dem Vermögensungleich nichtehelich Zusammenlebender zum Durchbruch zu verhelfen, wird im deutschen und erst recht im amerikanischen Recht weder der Bedeutung noch den dogmatischen Grenzen in vertrags- und deliktsrechtlicher Hinsicht adäquat sein.

Im Gegensatz dazu empfiehlt sich unter Würdigung der besonderen Gestaltung des Einzelfalls eine Anwendung des Gesellschaftsrechts (partnership oder joint tenancy), des Gemeinschaftsrechts (joint tenancy oder tenancy in common) und, in eingeschränktem Umfang auch des Bereicherungsrechts, wo das Recht der USA mit dem constructive trust ein angemessenes Institut zur Verfügung stellt.

1) bei Landwehr aaO., 76

2) FamRZ 1960, 192: Der verheiratete Beklagte hatte seiner Freundin zunächst die bevorstehende Scheidung von seiner Ehefrau, dann den Tod seiner Frau vorgespiegelt und den baldigen neuen Eheschluß versprochen. Hiervon ist er, nachdem die Freundin deswegen ihren Arbeitsplatz aufgegeben und Vermögensdispositionen aufgrund des vom Beklagten - wahrheitswidrig - angekündigten Umzugs in seine Wohnung getroffen hatte, abgerückt. Der BGH gewährte der Freundin Ersatz auch des Nichtvermögensschadens (Schmerzensgeld).

V. Unterhaltsansprüche

Zwar stellt Brühl¹⁾ in seiner Rezension eines Aufsatzes von Roth=Stielow²⁾ fest, ein Unterhaltsanspruch nach Trennung sei nicht möglich und stehe nicht zur Debatte.

Dennoch soll die Debatte versucht werden. Weder in der Bundesrepublik noch bis 1973 in den Vereinigten Staaten sind die Gerichte mit einer Unterhaltsklage konfrontiert worden. Dagegen führte die rechtskräftige Marvin-Entscheidung des Trial Court of Los Angeles von 1979³⁾ aus: "... the court in equity awards plaintiff \$ 104 000 for rehabilitation purposes".

Allein in dem Wort "rehabilitation" wird deutlich, warum der amerikanische Familienrechtler Sidney Traxler⁴⁾ das Urteil von Justice Marshall kritisiert, es habe in Wirklichkeit versteckten Unterhalt zugesprochen. "Rehabilitation alimony" ist nämlich nach amerikanischem Recht eine Möglichkeit der Unterhaltszahlung⁵⁾, die dem berechtigten Partner ermöglichen soll, nach Scheidung der Ehe wieder Anschluß an das Berufsleben oder eine unterbrochene Karriere oder Ausbildung⁶⁾ zu finden.

1) FamRZ 1978, 859

2) JR 1978, 236

3) vom 17.4.1979, veröffentlicht in The Los Angeles Daily Journal vom 19.4.1979 s.a. TIME Europe v. 30.4.1979, S. 34 sowie Bruch, 29 American Journal of Comparative Law 217 (234, dort Fn. 74)

4) TIME Europe aaO.

5) nach Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (375) sogar "major function of support"

6) eine zusprechende Entscheidung für ein nichteheliches Zusammenleben ist hier Morgan v. Morgan, 366 N.Y.S.2d 977 (1975); vgl. dazu Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (376, Fn. 75); Der Morgan-Fall ist Case One ("Mary and John") bei Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (963)

Dabei ist es gleichgültig, ob der Unterhalt in wiederkehrenden Leistungen (permanent alimony) oder in einer einmaligen Zahlung (lump sum alimony)¹⁾ besteht.

§ 1) Zum deutschen Recht

Die deutschen Gerichte erörtern Unterhaltsansprüche im Verhältnis nichtehelich Zusammenlebender entweder bei der Anwendung des § 122 BSHG²⁾ oder bei der Frage, ob der Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten gegen den anderen gem. § 1579, Abs. 1 Nr. 4 BGB endet, wenn er mit einem Dritten nichtehelich zusammenlebt³⁾, da die Alimentierung durch den nichtehelichen Partner mit ins Spiel kommt.

1) Hirsch, aaO., S. 43

2) vgl. SchlHOLG, SchlHA 1979, 50: "Der Rechtsgedanke des § 122 BSHG kann für privatrechtliche Unterhaltsverhältnisse entsprechend herangezogen werden." vgl. auch OLG Hamm, FamRZ 1979, 819

3) BGH NJW 1980, 124; OLG Köln, NJW 1979, 768; OLG Hamburg, FamRZ 1978, 118; OLG Schleswig, FamRZ 1977, 814; AG Pinneberg, FamRZ 1978, 119; AG Lörrach, FamRZ 1978, 412; zum Meinungsstand Scheld, FamRZ 1978, 651 ff. und Limbach, NJW 1980, 871; Darstellung der Rechtsprechung bei Klauser, MDR 1979, 896 (897) und Lipp, AcP 180 (1980), 537 (551 und 552, Fn. 39 und 40) sowie oben S. 7, Fn. 2
Kein Anspruch auf Rente, da nach bürgerlichem Recht auch kein Unterhaltsanspruch: Sozialgericht Frankfurt, FamRZ 1982, 65 (66)

Dabei wurde wiederholt die Vermutung aufgestellt¹⁾, die zusammenlebenden Partner erbrächten gegenseitig Unterhalt. Eine Klage auf Unterhaltszahlung ist jedoch ebensowenig erhoben worden, wie eine Entscheidung darüber vorliegt, ob Unterhaltsverpflichtungen eines Partners gegen den anderen das Ende der Beziehung überdauern oder in diesem Zeitpunkt erst entstehen. Eine einzelvertragliche ausdrückliche Vereinbarung über Unterhaltszahlungen - auch nach der Trennung - dürfte, in Übereinstimmung mit der Literatur²⁾, auf keine Bedenken stoßen.

Anders ist es dagegen bei der Abwägung, ob das Zusammenleben und seine Umstände allein es rechtfertigen können, einen stillschweigend oder durch schlüssige Handlungen erkennbaren Rechtsbindungswillen auch in Hinsicht auf Unterhaltszahlungen während oder nach Ende des Zusammenlebens anzunehmen.

Einig scheint man sich zu sein, daß die Zuerkennung eines solchen Anspruchs, der dem Ehegattenunterhalt nach §§ 1360 ff. BGB entspräche, logisch konsequent den Wegfall des Unterhaltsanspruchs gegen einen noch pflichtigen Ehegatten in analoger Anwendung des § 1586 BGB (Wegfall des Anspruchs bei Wiederverheiratung) zur Folge hätte³⁾.

1) OLG Karlsruhe, FamRZ 1979, 928; OLG Hamm, FamRZ 1979, 819; OLG Bamberg, FamRZ 1979, 592; OLG Bremen, FamRZ 1978, 1331; Klauser, MDR 1979, 896 (897); zur Doktrin des französischen Rechts, wonach "de facto marriage itself may give rise to a duty of support", vgl. Glendon, FSchr. Ferid aaO., 496; vgl. hierzu zuletzt VG Berlin, NJW 1980, 1589 (1590), wonach eine sittliche Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung besteht, "soweit überhaupt ein Unterschied zu gesetzlichen Unterhaltspflichten gesehen wird."

2) vgl. Schwab, bei Landwehr aaO., 67; Henrich, FSchr. Beitzke aaO., 507 (517)

3) Evans=von Krbek, JA 1979, 236 (240); Graue, bei Landwehr aaO., 132; vgl. dazu OLG Düsseldorf, NJW 1981, 463 (464) und OLG Köln, FamRZ 1980, 262

Daß die Rechtsprechung bislang den § 1586 BGB nicht angewandt hat (im Übrigen ist genauso die entsprechende Regelung in den USA noch nicht zum Zuge gekommen, wird aber in der Literatur wohlwollend erörtert), scheint den Schluß nahezu legen, daß eine analoge Anwendung der Ehegattenunterhaltsregelungen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist.

Eine gewisse Annäherung an die Grundsätze dieses Rechtsgebietes zeichnet sich aber in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik ab: das nichteheliche Zusammenleben eines unterhaltsberechtigten Ehegatten mit einem Dritten vermag nämlich nach Auffassung der Rechtsprechung und Vorschlägen aus der Literatur die Höhe des Unterhaltsanspruchs zu mindern: So kann im nichtehelichen Zusammenleben ein der mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit vergleichbarer Zustand vorliegen¹⁾, oder die Bedürftigkeit wird durch Unterhaltsleistungen des Dritten eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen²⁾.

Die weitestgehende Auffassung vertritt für das deutsche Recht Roth=Stielow, der die §§ 1569 ff. BGB sowohl unter dem Gesichtspunkt der Haftung für vorausgegangenes Verhalten anwenden will, als auch den Rechtsgrund für einen Unterhaltsanspruch in dem von ihm angenommenen Zusammenlebensvertrag als eine über seinen Bestand hinauswirkende Folge des Zusammenlebensvertrages und nachvertraglichen Abwicklungsanspruch sieht³⁾. Diese Ansicht ist sehr deutlich kritisiert worden.

1) OLG Celle, FamRZ 1979, 119

2) aaO., S. 120; OLG Frankfurt, FamRZ 1979, 438 (439 mwN); zur Kritik Lipp, AcP 180 (1980), 537 (552) mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. (dort Fn. 40), a.A. deutlich Bosch, FamRZ 1980, 739 (745); s.a. oben S. 7, Fn. 2

3) JR 1978, 233 (236)

Anders als Roth=Stielow¹⁾ erkennt Bartsch²⁾ keine Analogiefähigkeit der Eheunterhaltsregeln, da dem Gesetzgeber das Phänomen der eheähnlichen Lebensgemeinschaft bei Schaffung der §§ 1569 ff. BGB hinreichend bekannt gewesen sei und daher eine abschließende Darstellung der Unterhaltstatbestände bei Personen, die nicht miteinander verwandt sind, vorliege ohne Bestehen einer Regelungslücke.

Im Gegensatz zu Brühl³⁾ möchte Bartsch⁴⁾ aber dennoch die weitere Diskussion nicht ausgeschlossen wissen, sondern meint, es sei "weitere Überlegung wert, ob Unterhaltsansprüche nach Auflösung einer eheähnlichen Beziehung de lege ferenda empfehlenswert sind". Zwar bestehe im allgemeinen kein Unterhaltsanspruch nach Trennung, da die Bindungslosigkeit mit den daraus resultierenden Konsequenzen gewollt gewesen sei. Anders sei es jedoch, wenn gemeinsame Kinder vorhanden seien. Selbst wenn die Partner die umfassende Bindungslosigkeit gewollt hätten, müßte diese privatautonome Entscheidung hinter das überwiegende Interesse der Allgemeinheit zurücktreten. Ein Unterhaltsanspruch sei bei dieser Konstellation in Anlehnung an § 1569 ff. BGB denkbar.

Diese finde seine Stütze nicht nur darin, daß die Kindererziehung der mit Abstand wichtigste Fall nachwirkender Verantwortung sei; dogmatisch sei nämlich auch über den § 1615, Abs. 1 BGB durchaus anerkannt, daß Unterhaltsverpflichtungen zwischen Personen, die nicht miteinander verwandt sind, auch außerhalb der Ehe bestehen können.

1) aaO., Fn. 14

2) JR 1979, 364 (365)

3) s. S. 215, Fn. 1

4) aaO., S. 366; "in 'Ausnahmefällen' bejahend" Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (442)

Dieser in den Erörterungen der Ehrechtskommission vertretene Standpunkt zum Ehegattenunterhalt nach Scheidung sei auch auf das nichteheliche Zusammenleben anwendbar, wenn man berücksichtige, daß die nachwirkende Verantwortung nicht Ausfluß der Ehe sei, sondern der Elternschaft.

Brühl¹⁾ kritisiert an Roth=Stielow vor allem, daß die Annahme einer stillschweigenden Unterhaltsvereinbarung für den Fall des Auseinandergehens in der Sache nicht gerechtfertigt sei. Hier kann Brühl nur beigespflichtet werden. Der nacheheliche Unterhaltsanspruch ist eine der wesentlichen Ehwirkungen, die sich - wie schon dargestellt - ohne ausdrückliche Vereinbarung nicht auf das nichteheliche Zusammenleben übertragen lassen. Wenn es auch in vielen Fällen gerechtfertigt ist, unter Vertrauensschutz-Gesichtspunkten das gemeinsam Erworbene bei Ende der Beziehung aufzuteilen, so verbietet gerade der gleiche Gesichtspunkt die rechtliche Fortdauer der Beziehung über ihr tatsächliches Ende hinaus.

Welchen Weg die gerade erst begonnene Diskussion noch gehen wird, läßt sich für das deutsche Recht nicht voraussagen. Die Zuerkennung von Unterhaltsansprüchen nach Beendigung der Beziehung läßt sich aber nicht aus der bisherigen Erörterung in Rechtsprechung und Literatur zu § 122 BSHG oder § 1579, Abs. 1, Nr. 4 BGB ableiten: soweit eine Vermutung aufgestellt wird, der andere Partner erbringe dem Sozialhilfe- oder Unterhaltsempfänger seinerseits Unterhaltsleistungen, kann selbst eine Ausdehnung dieser Vermutung in Hinsicht auf eine Unterhaltspflicht allenfalls das noch bestehende nichteheliche Zusammenleben betreffen²⁾.

1) FamRZ 1978, 859

2) Obwohl eine einklagbare Verpflichtung vor Beendigung des Zusammenlebens kaum vorstellbar ist

Für die getrennten Partner dürfte entscheidend sein, wie sich die Standpunkte zum Ehegattenunterhaltsrecht nach Scheidung entwickeln: wird die von Limbach¹⁾ verfochtene These, der Unterhalt der geschiedenen Frau sei durch ihre Leistungen während der Ehe erworben, nicht dagegen Ausfluß des Fürsorgeprinzips und könne daher bei nichtehelichem Zusammenleben mit einem Dritten nicht berührt werden, von Rechtslehre und Rechtsprechung in dieser Eindeutigkeit aufgegriffen, dürfte dieser Gesichtspunkt vom "woherworbenen Recht" auch für das nichteheliche Zusammenleben Erwähnung finden.

Die Chancen sind allerdings angesichts des bisherigen Meinungsstandes nicht groß.

§ 2) Zum amerikanischen Recht

Die amerikanische Rechtsprechung ähnelt auffallend dem deutschen Recht²⁾, soweit sie sich mit Unterhaltsansprüchen geschiedener Ehegatten befaßt, die mit Dritten nichtehelich zusammenleben - wobei die völlige Versagung weiteren Unterhalts ebenso vertreten wird³⁾ wie auch die Kürzung des Unterhalts wegen eingeschränkter Bedürftigkeit⁴⁾.

1) NJW 1980, 871 (874)

2) Glendon, State, Law and Family, S. 93

3) vgl. Weber v. Weber, N.W. 1052 (1913) bei Oldham, 17 Journal of Family Law 249 "If the wife, without the fault of the husband, and without any adequate excuse or palliation, deliberately chooses a life of shame and dishonor the court may make the misconduct of the wife the ground for cutting of all alimony ... The courts of our state do not permit vice to flaunt its banner before them unchallenged."

4) In re Marriage of Leib, 145 Cal.Rptr. 763 (1978), wo auf S. 767, Fn. 4, die Geschichte des Unterhaltsrechts dargestellt wird, s. a. Darstellung bei Hirsch, aaO., S. 43 und Bruch, 29 American Journal of Comparative Law 217 (234)

Sowohl in New York als auch in Californien bestehen hierzu gesetzliche Regelungen¹⁾.

Ebenso wie im deutschen Recht gibt es jedoch keine Möglichkeit, hieraus einen nachwirkenden Unterhaltsanspruch von nichtehelich Zusammenlebenden abzuleiten.

Erst auf der Grundlage der breiten Anwendung von "equity"-Erwägungen durch die Gerichte hält die Literatur nach der Marvin-Entscheidung einen "quasi spousal support" für eine "klare Möglichkeit"²⁾.

Damit kontrastiert jedoch, daß weiterhin eine Rolle der naheheiligen Unterhaltsansprüche darin gesehen wird³⁾, durch Erschwerung der Scheidung die Ehe zu retten.

Oldham⁴⁾ stellt fest, daß kein amerikanisches Gericht bislang, abgesehen von ausdrücklichen Vereinbarungen, Unterhaltsansprüche in Verbindung mit der Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens zugesprochen hat, will aber eine Änderung dieser Linie für die Zukunft nicht ausschließen.

Fernandez⁵⁾, die für den Unterhaltsanspruch die Figur des contract-implied-in-fact⁶⁾ vorschlägt, erwägt eine widerlegliche Vermutung⁷⁾, nach der der Anspruchsgegner die Beweislast dafür hat, daß keine Unterhaltspflicht besteht.

Dem entspricht auch die Entscheidung McCullon v. McCullon⁸⁾.

1) Nachweise bei Oldham, 17 Journal of Family Law 249 (256)

2) Fernandez, 30 Stanford Law Review 359 (363 mwN)

3) aaO., S. 365

4) aaO., S. 270

5) 30 Stanford Law Review 359 (382)

6) aaO., S. 389

7) ebda.

8) 410 N.Y.S. 2d 226 (1978), 233

Das Gericht würdigte die Aussage von Susan McCullon "He said he would always take care of me" und das beiderseitige Verhalten in der 28-jährigen Beziehung: "the conduct of the plaintiff constituted an implied promise to forbear employment and provide household services for the defendant over 28 years in consideration for his implied conduct and promise to provide a home and future support."

Unter Berufung auf den Fall Marvin bei diesen Ausführungen machte Justice Mattina damit die Voraussage von Oldham wahr und sprach der Frau einen wöchentlichen Unterhalt von 50,- \$ zu.

Die Tendenz im amerikanischen Recht geht damit möglicherweise in Zukunft in die Richtung, daß unter Umständen das nichteheliche Zusammenleben fortdauernde Unterhaltsverpflichtungen erzeugt, wenn das Verhalten der Parteien oder einzelne Äußerungen, die als Willenserklärungen zu werten sind, Anlaß dazu geben.

Zweifel sind allerdings hier noch gerechtfertigt: wenn nämlich aufgrund des Zusammenlebens Unterhaltsansprüche gegen einen Ehegatten versagt werden, so nur, weil eine Suspendierung der Unterhaltsverpflichtung eintritt. Nach Beendigung der Beziehung können diese Unterhaltsansprüche wieder aufleben¹⁾. Damit entsteht aber ein Widerspruch, wenn eine fortdauernde Unterhaltsverpflichtung des anderen nichtehelichen Partners angenommen wird: Zum einen ständen dem Anspruchsberechtigten zwei Verpflichtete gegenüber; zum anderen werden Ehegatten wegen der Ehe schwerer belastet als andere, da aufgrund fortdauernder Ehewirkungen ihre Alimentierungspflicht wieder neu aufleben kann, während eine nichteheliche Beziehung, die durch Zusammenleben eines Partners mit einem Dritten unterbrochen wird, den bedürftigen Partner nach Ende des Zusammenlebens auf die staatliche Sozialhilfe oder auf den letzten Partner allein verweisen kann.

1) s. o. S. 217

Erkennbar wird anhand dieser Erörterungen, daß vor allem das Unterhaltsrecht bei der Befassung mit den Folgen einer Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens noch viele Fragen offen läßt.

Die Gewährung eines Unterhaltsanspruchs ist im amerikanischen Recht aufgrund allgemeiner equity-Erwägungen nicht ausgeschlossen, in der Bundesrepublik ist ein gleiches Ergebnis in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.

VI. Beendigung durch Todesfall

Das nichteheliche Zusammenleben wird oft auch durch den Tod eines der Partner beendet. Die Vielzahl der Fälle, in denen der überlebende Partner gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt, um zum Nachteil gesetzlicher oder testamentarischer Erben am Nachlaß beteiligt zu werden, mag vielleicht ein Indiz dafür sein, daß das Affektionsinteresse und das subjektive Gerechtigkeitsgefühl größer sind, wenn unfreiwillig eine bis dahin harmonische Beziehung endet¹⁾.

Das Regelungsbedürfnis scheint hier noch größer zu sein als bei einseitiger Auflösung des Verhältnisses oder einvernehmlicher Trennung zu Lebzeiten, da aus der Sicht des Überlebenden die fort-dauernde geistige Verbindung zum Erblasser weitaus enger ist, als die des Erblassers zu den "lachenden Erben" jemals gewesen sein mag.

Das Gesetz nimmt auf diesen Aspekt keine Rücksicht. Ein gesetzliches Erbrecht, ähnlich wie es in sec. 55 des israelischen Succession

1) vgl. auch die insoweit zutreffende Anmerkung von Bosch zu OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253 (254)

Law enthalten ist ¹⁾ kennen weder die Vereinigten Staaten von Amerika, von einer einzelnen Regelung in New Hampshire ²⁾ abgesehen, noch die Bundesrepublik Deutschland.

Grave ³⁾ irrt, wenn er meint, in den pazifischen Staaten Californien und Washington wirke sich zugunsten der Lebensgefährten aus, daß der dort maßgebliche Güterstand der community property auch die Abwicklung nach dem Tode eines Partners beherrsche, da neuere Gerichtsentscheidungen eine stillschweigende Unterwerfung unter diesen Güterstand annähmen. Die Marvin-Entscheidung hat eindeutig klargestellt, daß Eherecht, auch die putative-spouses-Regeln, wie sie im Cary- und im Atherly-Fall Anwendung fanden, im Verhältnis nichtehelich Zusammenlebender keine Geltung beanspruchen kann.

Wenn damit ein quasi-gesetzliches Erbrecht nach community-property-Regeln besteht, so kann dies nicht deswegen auf andere als eheliche Beziehungen ausgedehnt werden, weil diese dem gesetzlichen Güterstand unterfallen ⁴⁾, sondern weil die Partner eine einzelvertragliche Regelung getroffen haben, die unter anderem ein Erbrecht nach community-property-Recht beinhaltet. Zu Recht stellt daher

- 1) "Quasi will. Where a man and a woman not being married to one another, have lived together as husband and wife in a common household, then upon the death of one of them, neither being married to another person, the deceased is, subject to any contrary direction express or implied in the will of the deceased, deemed to have bequeathed to the survivor what the survivor would have inherited on intestacy if they had been married to one another."
- 2) s. S. 30, Fn. 2; ausführliche Darstellung bei Bruch, Nonmarital Cohabitation in the Common Law Countries, 29 American Journal of Comparative Law 217 (1981), 228 f.
- 3) bei Landwehr aaO., 125, 126
- 4) so aber In re Estate of Atherly, 119 Cal.Rptr. 41 (1975), 49

Glendon¹⁾ fest, die Gesetzgebung zum Erbfolgerecht (succession legislation) habe bislang dem Begehren des Überlebenden Partners keine Beachtung geschenkt. Das Zusammenleben allein gibt dem Überlebenden Partner damit kein Erbrecht²⁾.

Ausgleichsansprüche nach anderen Regeln wie partnership oder trust sind dagegen im Verhältnis zu den Erben, wie oben dargestellt, nicht ausgeschlossen.

In einzelnen Fällen hat die Rechtsprechung auch Ansprüche auf "workers compensation death benefits" zuerkannt³⁾.

In der Bundesrepublik besteht nach § 56, Abs. 1 SGB-AT⁴⁾ eine dem gesetzlichen Erbrecht vorgehende Sonderrechtsnachfolge des Haushaltsführers. Es liegt nahe, diese Sonderrechtsnachfolge, die im übrigen im Gesetzentwurf der Bundesregierung noch nicht enthalten war⁵⁾, dem Überlebenden Partner auch zu gewähren⁶⁾.

Dies wird jedoch nicht angenommen: schon derjenige, der den Haushalt eines Ledigen geführt hat, unterfällt nicht dieser Regelung. Demnach betrifft dieser Ausschluß auch den "Lebensgefährten eines Leistungsberechtigten, der mit diesem weder verwandt noch verwandt ist"⁷⁾.

1) FSchr. Ferid aaO., 501

2) Angermeier, 50 Indiana Law Journal 389 (390, Fn. 2)

3) Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (133, Fn. 117)

4) Allgemeiner Teil des Sozialgesetzbuches vom 11. Dezember 1975 (BGBl. I, S. 3015)

5) vgl. Entwurf § 56 Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drs. 7/868 vom 27. Juni 1973

6) vgl. Behn, ZblJugR 1980, 1 (10)

7) Hauck-Haines, SGB I, K § 56, Rdz. 10

Anders dagegen ist es im Zivilrecht: nach § 1969, Abs. 1 BGB besteht eine Verpflichtung der Erben, Familienangehörigen des Erblassers, die zur Zeit des Todes des Erblassers zu dessen Hausstand gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben, in den ersten dreißig Tagen nach dem Eintritt des Erbfalls in demselben Umfang, wie es der Erblasser getan hat, Unterhalt zu gewähren. Anspruchsberechtigte sind demnach diejenigen, die wegen ihrer persönlichen Bindungen zum Erblasser und ihrer tatsächlichen Aufnahme in die Familiengemeinschaft als zu ihm gehörig angesehen werden und Unterhalt bezogen haben¹⁾.

Zwar hatte das OLG München im November 1939²⁾ eine Ehebrecherin, die mit dem Erblasser in "ehegleicher Gemeinschaft" gelebt hat, nicht zu den Familienangehörigen gezählt. Dieses Urteil kann jedoch heute kein unbedingter Maßstab mehr sein³⁾, abgesehen davon, daß die tatsächliche Fallgestaltung schon eine Subsumierung unter den § 1969 BGB zweifelhaft erscheinen läßt. Vielmehr gilt heute, daß der Kreis der nach § 1969 Begünstigten weit zu fassen ist⁴⁾ und er mithin auch den nichtehelichen Partner erfaßt, wenn Unterhaltsgewährung und Aufnahme in den Hausstand durch den Erblasser festgestellt werden⁵⁾.

Sonstige gesetzliche Regelungen sind nicht ersichtlich⁶⁾.

1) Palandt-Keidel, § 1969, Anm. 1

2) HRR 1940, S. 353

3) Es ist nicht auszuschließen, daß das Urteil unter der Feststellung litt, daß "die Klägerin immerhin möglicherweise aus einem Geschlechtsverkehr ihrer Mutter mit dem volljüdischen Geschäftsreisenden M.F. entstammt sein kann." (aaO., S. 354)

4) vgl. RGRK-Johannsen, § 1969, Rdz. 2

5) Strätz, FamRZ 1980, 301 (308); Kumme, ZblJugR 1978, 360 (362)

6) Graue, bei Landwehr aaO., 125; Schlüter, aaO., S. 35

Ein testamentarisches Erbrecht wird man dem Überlebenden Partner nicht versagen können. Hier scheint die Rechtsprechung in der Bundesrepublik zu einem gewissen Abschluß gekommen zu sein, wie er sich in den Urteilen des BGH von 1969 und 1970 darstellt¹⁾. Demnach kann eine Erbeinsetzung trotz geschlechtlicher Beziehungen der Partner von Bestand sein, da auch andere achtenswerte Beweggründe denkbar sind als die Belohnung für die geschlechtliche Hingabe²⁾.

Auf gewisse Vorbehalte stößt eine Erbeinsetzung jedoch dann, wenn nächste Angehörige, i.e. Ehefrau und gemeinsame Kinder, zurückgesetzt worden sind. Hier kann unter Umständen eine Teilnichtigkeit nach Ansicht des BGH³⁾ eintreten. Zu Recht spricht Strätz⁴⁾ daher von einer Entschärfung des Problems.

In den USA sind Schwierigkeiten im Zusammenhang mit einer Begünstigung des Überlebenden Partners durch Testament bisher nicht entstanden, jedenfalls lassen sich dafür weder in Rechtsprechung noch in Literatur Anhaltspunkte finden⁵⁾.

Anders ist es dagegen bei der gewaltsamen Tötung des Partners⁶⁾.

1) grundlegend Siemens, aaO.

2) BGHZ 52, 17 (20); BGHZ 53, 369 (379)

3) BGHZ 52, 17 (23); BGHZ 53, 369 (381)

4) Strätz, aaO., S. 306

5) ein gesetzliches Verbot von "Mätressentestamenten" gibt es allerdings in South Carolina und Louisiana, vgl. Ferid-Firsching, Internat. Erbrecht, Grdz. D. VIII US, Rdz. 93

6) zum Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Partners vgl. Bullock v. United States, 487 F.S. 1078 (1980). Das Gericht erkannte einen Schadensersatzanspruch von Edith Bullock an, weil ihr Partner David Bullock durch Verschulden staatlicher Organe impotent geworden war.

Das amerikanische Recht wendet hier die "wrongful death statutes"¹⁾ an, wonach Schadensersatzansprüche gegen den Schädiger begründet werden. Fraglich ist nur, ob der Überlebende Partner Anspruchsinhaber sein kann. Die Rechtsprechung hat im Fall Vogel v. PanAmerican World Airways, Inc.²⁾ dazu ausführlich Stellung genommen. Rachel Vogel hatte Schadensersatzklage auf der Grundlage des California wrongful death statute wegen Tötung von LeRoy Vogel erhoben, über die im Mai 1978 vor dem United States District Court, New York, verhandelt und entschieden wurde.

Beklagte waren die Fluggesellschaft PanAm und KLM sowie das Königreich Spanien.

LeRoy Vogel war am 27. März 1977 bei dem Zusammenstoß zweier Jumbo-Jets B 747 auf dem Flugplatz von Santa Cruz de Tenerife ums Leben gekommen.

Die Vogels hatten 1975 geheiratet und waren im Oktober 1976 geschieden worden. Bis zum Tode LeRois lebten sie nach Aussage von Rachel Vogel zusammen³⁾.

Die Klägerin berief sich auf die Marvin-Entscheidung, als sie Schadensersatz auf der Grundlage des wrongful death statute verlangte.

Das Gericht wies die Klage ab. Zur Begründung bezog es sich auf das Gesetz, wonach ein Anspruch nur den Erben des Verstorbenen zusteht. Erbin sei die Klägerin aber nicht. Sie sei mit LeRoy zum Zeitpunkt seines Todes nicht verheiratet gewesen⁴⁾. Auch die Regeln

1) dazu Bruch, 10 Family Law Quarterly 101 (133)

2) 450 F.Supp. 224 (1978); Parallellfall mit gleichem Ergebnis ist Aspinal v. McDonnell Douglas Corp. 625 F.2d 325 (1980)

3) Zusammenleben von geschiedenen Eheleuten auch im Fall Bullock v. United States 487 F.S. 1078 (1980), 1081

4) aaO., S. 225

für putative spouses seien nicht zu ihren Gunsten anwendbar: die Beziehung entspreche nicht der in § 377 (b) des California Code of Civil Procedure enthaltenen Legaldefinition, da die Vogels sich nach ihrer Scheidung weder einer erneuten Heiratszeremonie unterzogen hätten, noch die Klägerin geglaubt habe, gültig verheiratet zu sein.

Das Gericht prüfte auch¹⁾, ob die Nichtanwendung der putative-spouses-Regeln mit der due process clause und der equal protection clause²⁾ übereinstimmt; es konnte keinen Verfassungsverstoß feststellen: die unterschiedliche Behandlung von putative und "meretricious" spouses sei schon gerechtfertigt wegen der unterschiedlichen Beweislage. Die Putativ-Ehen könnten durch Urkundsbeweis (documentary evidence) ihre Beziehung belegen, während die Schwierigkeiten insofern für das nichteheliche Zusammenleben weitaus größer wären. Schließlich könne die Gesetzgebung, die solche Fälle wie den der Klägerin nicht geregelt habe, ihren Grund hierfür in der Beachtung des staatlichen Interesses daran gehabt haben, auf diese Weise die Institution der Ehe zu stärken und zu bekräftigen³⁾.

Ähnlich wie dargestellt das amerikanische Recht, hätte auch eine Entscheidung im deutschen Recht zu §§ 844, 845 BGB auszufallen - bisher ist allerdings noch keine Klage rechtshängig geworden.

Immerhin ist die Literatur fast einhellig der Meinung, daß der Hinterbliebene, dessen Partner getötet wurde, keinen Schadensersatz für entgangenen Unterhalt oder sonstige Dienstleistungen

1) aaO., S. 226

2) s. S. 69

3) unter Berufung auf Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 122

nach §§ 844, 845 BGB beanspruchen kann¹⁾. Begründet wurde dies mit dem auch im Wege der Analogie nicht zu Überwindenden Hindernis der Tatbestandsvoraussetzung der gesetzlichen Unterhaltspflichtung²⁾.

Eine Mindermeinung, die einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Dienste bejaht, legt nicht Überzeugend dar, warum sie dieser Tatbestandsvoraussetzung keine Bedeutung beimißt. Allein mit anderen dogmatisch zweifelhaften Vorbildern zu argumentieren, wie mit der Ersatzpflicht für die Verletzung des haushaltsführenden Ehemanns³⁾, kann nicht ausreichen.

Außerhalb von gesellschafts-⁴⁾, gemeinschafts-⁵⁾ oder dinglich-rechtlichen Ansprüchen kann ein Überlebender Partner mithin weder im amerikanischen noch im deutschen Recht erfolgreich gegen den Erben (von § 1969 BGB oder testamentarischer Begünstigung abgesehen) oder einen Dritten als Schädiger vorgehen.

1) Strätz, FamRZ 1980, 301 (307); Schlüter, aaO., S. 38

2) Namgalies, aaO., S. 83, Fn. 1; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 89/90; Staudinger-Schäfer, § 844, Rdz. 3, 4 und BGH NJW 1969, 2007 ff.; BGH NJW 1973, 1076 ff.

3) vgl. Becker, Schadensersatz wegen verletzungsbedingter Beeinträchtigung in der Haushaltsführung auch für Unverheiratete, MDR 1977, 705 (708, 709)

4) vgl. Ferid-Firsching, aaO., Grdz. D V US, Rdz. 81

5) aber in USA nur bei joint tenancy, nicht bei tenancy in common, Ferid-Firsching, aaO.

6. Kapitel: Schlußbetrachtung

Das "Alltagsproblem der Justiz"¹⁾ mag diese Bezeichnung in quantitativer Hinsicht verdienen, zumal nicht nur die Zahl der nichtehelichen Verbindungen zunimmt, sondern auch offensichtlich die der Streitfälle²⁾. In qualitativer Hinsicht dagegen von einem alltäglichen Problem zu sprechen, wäre kaum gerechtfertigt. Eine ergebnisorientierte Rechtsprechung, wie es vor allem die amerikanische ist, wird immer versuchen, Wege aufzuzeigen, wie ungerechte Vermögensverhältnisse bei Beendigung des nichtehelichen Zusammenlebens behoben werden können. Die dogmatische Unschärfe wird dabei zum Teil bewußt in Kauf genommen, um dem Benachteiligten "equitable remedies" zuzusprechen³⁾.

Damit ist, auch für die hier vorliegende Arbeit, die Frage noch nicht befriedigend gelöst, wann Gerechtigkeitserwägungen eine richterliche Änderung des "status quo" erlauben oder sogar gebieten. Diese Unzulänglichkeit ist aber bewußt in Kauf zu nehmen. Angesichts der Vielzahl von Erscheinungsbildern des nichtehelichen Zusammenlebens und der einzelnen Facetten, die jede dieser Partnerschaften von anderen unterscheidbar macht, verbietet sich geradezu eine Typisierung, die über die bereits beschriebenen Typusmerkmale hinausgeht⁴⁾. Anders als bei der Ehe ist niemals - weder von Kirche, noch Staat, noch Gesellschaft - ein Leitbild einer nichtehelichen Partnerschaft geschaffen worden. Die Voraussehbarkeit

1) s. o. S. 1, Fn. 1

2) im übrigen hat der "Index to Legal Periodicals" kürzlich die neue Kategorie "Unmarried Couples" aufgenommen, wie bei Bullock v. United States 487 F.S. 1078 (1980), 1080 hervorgehoben wird

3) s. a. Marvin v. Marvin, 557 P.2d 106 (1976), 123, Fn. 25

4) vgl. Neuhaus, FamRZ 1982, 1 (3)

der Folgen rechtlich relevanten Verhaltens ist damit beeinträchtigt, wenn jeder Einzelfall seine besondere Gestaltung¹⁾ in sich birgt. Von einem Regelungskomplex "nichteheliches Zusammenleben" ist man noch weit entfernt. Dennoch steht - zunächst einzelfallbezogen - durchaus ein rechtliches Instrumentarium zur Verfügung.

Mit zunehmender richterlicher Tätigkeit auf diesem Gebiet wird es gerechtfertigt sein, über die Einzelfallbetrachtung hinaus den dort gewonnenen Wertungen eine gewisse allgemeinverbindliche Bedeutung im Sinne einer Rechtssicherheit beizumessen, soweit das Problem der Gerechtigkeit wirtschaftlicher Ungleichgewichte im Raum steht.

Ob das Urteil des BGH vom 24. März 1980²⁾ die Diskussion im deutschen Recht vorläufig abschließt, indem es dem nichtehelichen Zusammenleben grundsätzlich den Charakter einer wirtschaftlichen Rechtsgemeinschaft abspricht, muß nach dem Eindruck von der Literatur der letzten Zeit zu diesem Problemkreis stark bezweifelt werden³⁾, zumal der BGH bewußt die Möglichkeit offengelassen hat, bei anderer Fallgestaltung etwa gesellschaftsrechtliche Lösungen zum Zuge kommen zu lassen.

Gesetzliche Regelungen sind allerdings in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten⁴⁾.

- 1) so zutreffend District Judge Ackerman, *Bullock v. United States*, 487 F.S. 1078 (1980), 1080: "I must begin, where all law begins, with an examination of the facts."; ebenso Giesen, ZVgIRWiss 79 (1980), 169 (188)
- 2) FamRZ 1980, 664; auf gleicher Linie, wenn auch bei völlig anderer Fallgestaltung BGH NJW 1981, 1502
- 3) Simon, JuS 1980, 252
- 4) dementsprechende Absichten werden von Bosch, Anmerkung zu OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 253 (254) "mit Vehemenz zurückgewiesen"; zurückhaltender noch ders., FamRZ 1980, 849 (853)

Im amerikanischen Recht wird vermutet, hierin liege eine Absicht des Gesetzgebers, eine freie Fortentwicklung des Rechts zu fördern und zu beobachten¹⁾.

Selbst wenn dies so ist und auch für unseren Rechtskreis zutrifft, bedeutet das nicht das Ende der Ehe²⁾. Vielmehr liegt der Gedanke nahe, daß sich der Ehe neue Chancen und Bewährungsproben eröffnen. Diese Tendenz wird in der amerikanischen Literatur deutlich, wenn festgestellt wird, die Marvin-Entscheidung könne zur Wiederbelebung statt zur Zerstörung der Ehe führen³⁾, oder - etwas blumiger - es sammle sich "der gute, alte Wein in der guten, alten Flasche der förmlichen Ehe"⁴⁾.

Die Antworten auf die Herausforderung, die das nichteheliche Zusammenleben und seine Beendigung für die Gesellschaft und für das Recht bedeuten, lassen sich in zwei Appelle zusammenfassen:

Der eine betrifft den Gesetzgeber, mögliche Nachteile, die mit dem Eheschluß nach wie vor verbunden sind, in vertretbarem Maß abzubauen⁵⁾ und Ehemittler und -fähige in ihrem Entschluß zu ermutigen.

- 1) People v. Drew, 583 P.2d 1318 (1978), 1326, Fn. 11; vgl. auch Ringeling, ZEE 1980, 143 (144): "Experimentierfeld mit Alternativen"
- 2) skeptisch aber Horkheimer, Die Zukunft der Ehe, S. 209 (221 ff.)
- 3) Kay-Amyx, 65 California Law Review 937 (1977)
- 4) Glendon, 62 Virginia Law Review 663 (1976); dies., State, Law and Family, S. 84; absolut gleicher Auffassung Neuhaus, FamRZ 1982, 1 (5 u. 6)
- 5) Fahrenhorst, FamRZ 1980, 440 (441); Rüfner, SchlHA 1979, 65 (67); Note, 90 Harvard Law Review 1708 (1714); kritisch: Scheidungsvereinfachung, wie sie Johnston, 31 Oregon Law Review 303 (312, 313) vorschlägt

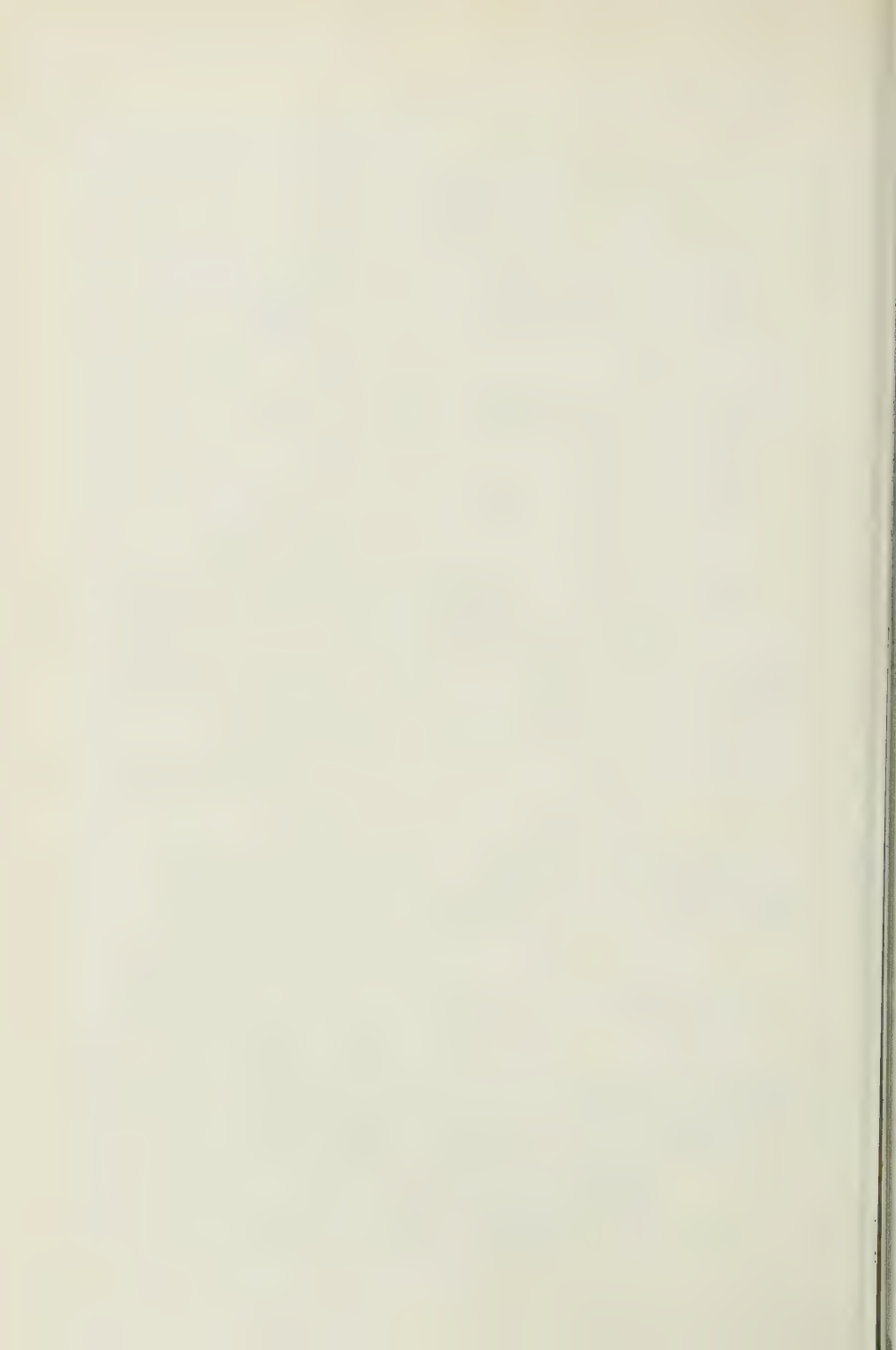
Der andere ist an die Richter zu adressieren, denen bei der Fortentwicklung des Rechts in diesem Bereich eine besondere Freiheit und damit Verantwortung zukommt¹⁾. Es mag sein, daß sie hier vorgeprägt sind durch ihr Alter, ihre Erziehung und ihren sozialen Status und sich daraus Vorurteile ergeben²⁾, die kein Verständnis³⁾ für das Bedürfnis nach einer Regelung, wie auch immer, erlauben.

Es ist kaum abzustreiten, daß das nichteheliche Zusammenleben sich weithin auf einer rechtlich ungesicherten Basis vollzieht⁴⁾.

Von einer "Flucht aus dem Raume des Rechts" zu sprechen, wie es bei Stückradt⁵⁾ anklingt, ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Bei der delikaten Aufgabe⁶⁾, der die Justiz "gerecht" zu werden hat, wenn sie eine Zwei-Personen-Beziehung, wie sie hier angesprochen worden ist, in ihren einzelnen Ausprägungen und in ihrer individuellen Angewiesenheit auf das Recht bei Beendigung würdigt, dürfte ein Leitsatz gelten, wie ihn Arndt⁷⁾ nachdrücklich vertritt: "Niemand kann, wenn Recht herrschen soll, aus der Hand des Rechts fallen."⁸⁾

-
- 1) zum Einfluß des Richterrechts vgl. Siemens, aaO., S. 9; Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 17; Grave, bei Landwehr aaO., 132
 - 2) Hirsch, aaO., S. 42; zur "Klassenbeschränktheit" und Herkunft der amerikanischen Richter s. Großfeld, RabelsZ 1975, 5 (23,18)
 - 3) Siemens, aaO., S. 79, Fn. 4
 - 4) Schwab, bei Landwehr aaO., 82
 - 5) aaO., S. 3; vgl. auch von Münch, I., bei Landwehr aaO., 150
 - 6) Ohlenburger=Bauer, aaO., S. 17
 - 7) Rechtsunwürdigkeit und Verwirkung, NJW 1965, 26 (28); s.a. Bosch, FamRZ 1977, 569 (581): "Der Schutz des Schwächeren war stets ein Gebot höchsten Ranges", und Ringeling, ZEE 1980, 143 (148): "Aus der ethischen Anerkennung eheähnlicher Lebensgemeinschaften ergibt sich aber auch die Forderung, ihnen angemessenen rechtlichen Schutz zu verbürgen" sowie Finger, JZ 1981, 497
 - 8) "The courthouse door should not be closed to nonmarital partners seeking redress when their relationship ends." Crutchfield, 19 Journal of Family Law 247 (261)



Lebenslauf

Am 18. März 1951 wurde ich in Recklinghausen als Sohn des Dipl.-Ing. Rudolf Halstrick und seiner Ehefrau Marianne, geb. Dümpe, geboren.

Ich wuchs in Herne in Westfalen auf, wo ich ab dem Frühjahr 1957 eine katholische Grundschule besuchte. Von dieser wechselte ich im Jahre 1961 zum Pestalozzi-Gymnasium in Herne und schloß die Schulzeit 1970 durch das Abitur am mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig des Otto-Hahn-Gymnasiums in Herne ab.

Anschließend absolvierte ich eine freiwillige zweijährige Dienstzeit bei der Bundesluftwaffe.

Im Oktober 1972 begann ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster mit dem Studium der Rechtswissenschaften. Später kamen die Fächer Katholische Theologie und Slawistik hinzu.

Während des Studiums war ich Mitglied in verschiedenen Gremien von Universität und Studentenschaft.

Am 11. 6. 1977 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die Erste Juristische Staatsprüfung. Nach zweijähriger Referendarzeit legte ich dann am 25. Februar 1980 die Zweite Juristische Staatsprüfung am Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen ab.

Seit dem 1. Juli 1980 bin ich als Rechtsanwalt in Duisburg niedergelassen.

Ich bin verheiratet und habe zwei Kinder.

and in 1881 the first year of the new century...

...

The year 1881 is a year of great importance...

...

In 1881 the first year of the new century...

...

...

...

